

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**A EFECTIVIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS:
Implementação e a Supervisão**

Carla Farto

MESTRADO PROFISSIONALIZANTE EM
DIREITO INTERNACIONAL E RELAÇÕES INTERNACIONAIS

2014

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**A EFECTIVIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS:
Implementação e a Supervisão**

Carla Farto

MESTRADO PROFISSIONALIZANTE EM
DIREITO INTERNACIONAL E RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Orientada pelo Professor Doutor
Rui Guerra da Fonseca

RESUMO

Esta investigação inscreve-se no domínio temático da efectividade das normas de direitos humanos: (1) as questões levantadas quanto à sua incorporação nos direitos internos dos Estados contratantes e (2) as respeitantes aos mecanismos de controlo existentes (tanto no quadro das Nações Unidas como no seio dos sistemas regionais europeu e americano). Ou seja, assenta na análise dos mais diversos factores que influenciam a produção do efeito útil das normas de direitos humanos (ao nível da implementação e da supervisão) e, também, na análise de factores externos, como sejam o papel das organizações não-governamentais na pressão exercida no sentido de um cumprimento efectivo.

Muitas vezes utilizada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (como fundamento para alargar o objecto e o conteúdo das normas de direitos humanos positivados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e, até mesmo, para lhes atribuir efeitos horizontais) a efectividade de uma norma traduz-se, geralmente, na sua aceitação por uma comunidade e no seu uso contínuo e real, encontrando-se condicionada a (pelo menos) três elementos objectivos: o cumprimento, a aplicação e a existência de garantias processuais eficazes.

Palavras-chave: Efectividade das normas de direitos humanos – fundamentos dos direitos humanos – universalidade/relativismo cultural – implementação – supervisão.

ABSTRACT

This research falls within the domain of human rights standards effectiveness thematic area: (1) the issues raised about its incorporation into domestic law of the Contracting States and (2) those relating to the existing control mechanisms (both at the United Nations as within the European and American regional systems). That is, based on the analysis of the most various factors that influences the useful production of the human rights standards, (at the level of implementation and supervision), and also, on the analysis of external factors, such as the role of non-governmental organizations on the pressure towards an effective compliance.

Often used by the European Court of Human Rights (as the basis for widening the object and the content of human rights standards posited on the European Convention of Human Rights, and even to assign them to horizontal effects), the rule effectiveness generally translates on their acceptance by a community in its continuous and real use, finding themselves subject to (at least) three objective elements: the compliance, the application and the existence of effective procedural safeguards.

Keywords: Effectiveness of human rights standards - fundamentals of human rights - universality/cultural relativism - implementation - supervision.

ÍNDICE

Siglas utilizadas	6
Introdução	7
CAPÍTULO I	10
Enquadramento Teórico e Conceptual	10
A origem histórica da protecção internacional dos direitos humanos.....	10
Fundamento dos direitos humanos	18
Universalidade <i>versus</i> relativismo cultural: a caminho de um constitucionalismo global?	26
CAPÍTULO II.....	34
A efectividade das normas de direitos humanos	34
Noção de efectividade das normas e termos relacionados	34
Efectividade das Normas de Direito Internacional Público e das Normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos	41
Meios para atingir a efectividade das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos: implementação e supervisão	50
Implementação e falhas existentes nos sistemas de implementação: o caso da justiça de transição.....	54
Supervisão e as falhas existentes na supervisão. Tribunais Internacionais versus Tribunais Nacionais: do diálogo à tensão?.....	71
O papel das Organizações Não-Governamentais na efectividade dos direitos humanos	89
CAPÍTULO III	93
Circunstâncias que ponham em causa a efectividade das normas de direitos humanos.	93
CAPÍTULO IV	111
Conclusões finais.....	111
Bibliografia.....	114

SIGLAS UTILIZADAS

CADH - Convenção Americana dos Direitos Humanos

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CVDT – Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDCP - Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

PIDESC - Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

INTRODUÇÃO

Uma efectiva protecção dos direitos humanos promove a paz. Não permitindo, apenas, o gozo dos direitos e liberdades, fornece o básico enquadramento democrático, cultural, económico, político e social no âmbito do qual é possível dirimir conflitos de forma pacífica¹. Mas, como bem sabemos, uma mera formalização de direitos não lhes garante a efectivação.

Como salienta Antônio Augusto Cançado Trindade, as deficiências a nível da “*falta de universalidade de vários tratados de direitos humanos, da falta em muitos países de aplicabilidade directa da normativa destes últimos no direito interno dos Estados Partes e de mecanismos de execução das sentenças de tribunais internacionais de direitos humanos, das insuficiências das medidas de prevenção e de seguimento, das insuficiências da compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos, da persistência preocupante da impunidade*” convivem a par do aumento do recurso a instâncias internacionais de direitos humanos²; e, põem, contudo, em causa a efectividade das normas internacionais de protecção do ser humano. Os direitos humanos avançam, alteram-se com o tempo (de acordo com as necessidades dos indivíduos, grupos ou povos que compõem a comunidade internacional).

Apesar de se pretender a inexistência de vários níveis de importância nos distintos tipos de direitos e apesar de se defender a interdependência e inter-relação entre eles, não se consegue evitar a existência de diferenças quanto ao exercício dos mesmos e quanto às obrigações deles decorrentes para os estados parte. Só assim se explica como certos instrumentos estabelecem a impossibilidade de o Estado Parte suspender a sua aplicação, seja em que circunstância for.

¹ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS - *Direitos Humanos na Administração da Justiça – Manual de Direitos Humanos para Juizes, Magistrados do Ministério Público e Advogados*, Vol. I, Nações Unidas, 2003, pág. 4.

² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto - “*Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos humanos no Início do Século XXI*”, pág. 410 (<http://www.oas.org/dil/esp/407490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20%20.def.pdf>).

A nível internacional, os mecanismos de protecção dos direitos civis e políticos foram alvo de um desenvolvimento superior ao dos mecanismos de protecção dos direitos sociais e económicos (estes, por sua vez, comparados com os chamados direitos de solidariedade, contêm uma normatividade muito mais consolidada).

Entendemos mais pertinente empreender o estudo das normas referentes à protecção dos direitos civis e políticos, por serem aquelas que se encontram na forma mais consolidada (com uma tutela configurada), em detrimento daquelas normas que estabelecem um rol de direitos para os quais, mesmo encontrando-se consolidados, apenas estão previstos mecanismos precários de protecção (ou, então, de direitos que ainda se encontram em processo de consolidação). Deste modo, o estudo ora apresentado versará sobre as normas constantes (a nível global) do Pacto de Direitos Civis e Políticos e (a nível regional) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Atente-se às seguintes perguntas: Porque são direitos? Porque são universais? O que é a dignidade humana? O que é personalidade humana? O que é ser homem? – Se, nos nossos dias, as respectivas respostas não alcançaram o mesmo grau de universalidade que os direitos humanos (ou a vontade de os tornar universais), levando a uma tensão entre esta e a ausência de uma universalidade no plano conceptual da sua justificação, como poderemos nós esperar a efectiva protecção desses direitos no presente, ou a médio prazo³?

Assim, e por entendermos que existe uma relação entre o plano conceptual e uma efectiva protecção dos direitos humanos, na primeira parte (de enquadramento teórico), dedicaremos várias secções aos problemas conceptuais inerentes às suas normas. Nomeadamente: (1) à evolução histórica da protecção internacional dos direitos humanos, de modo a percebermos como aqui chegamos, (2) aos problemas conceptuais referentes à sua fundamentação e, finalmente, (3) ao debate (vigente no campo doutrinário) entre os defensores da universalidade e os defensores do relativismo cultural, fazendo referência a uma nova corrente internacionalista, defensora de um constitucionalismo global (assente nos direitos humanos).

³ SERRANO, Salamanca António – *Fundamento de los Derechos Humanos*, NUEVA UTOPIA, 2003, pág. 327. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/bibliotecavirtual/769/>.

O estudo sobre a efectividade dos direitos humanos coloca (pelo menos) três questões: a primeira diz respeito à definição dos contornos da noção de efectividade; a segunda, à ponderação e resolução da diferença entre a norma e sua concretização; a terceira, à especificidade eventual dos direitos humanos em relação às normas jurídicas gerais⁴.

Deste modo, numa segunda parte, abordaremos a questão da efectividade (em geral), distinguindo-a de outros conceitos próximos, como sejam a eficácia, a eficiência e a efectividade, no âmbito do Direito Internacional clássico e (especificamente) no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, nomeadamente: as normas que determinam os direitos civis e políticos, mais precisamente: implementação, supervisão e suas falhas. Terminaremos este capítulo com uma secção dedicada ao papel das Organizações Não-Governamentais na procura de uma maior efectividade na protecção e promoção dos direitos humanos.

Numa terceira parte, dedicar-nos-emos a analisar outras circunstâncias, muito características, do Direito Internacional Público (em geral) e do Direito Internacional dos Direitos Humanos (em particular); tais circunstâncias têm algum peso no nível efectividade das normas deste último. Nomeadamente: a questão das restrições, limitações e derrogações no exercício dos direitos humanos consagrados, a questão das imunidades estatais, a questão das sanções do Conselho de Segurança e a da doutrina da *margem de apreciação* preconizada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Por fim, elaboramos algumas conclusões relativamente ao estudo efectuado e à efectividade das normas de direitos humanos.

⁴ CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique – Effectivité et droits de l’homme, in: *À la recherche de l’effectivité des droits de l’homme*, organização Véronique Champeil-Desplats e Danièle Lochak, Nanterre: Presses Universitaires de Paris Ouest, 2008, pág. 12 (11 a 26) – disponível em: <http://books.openedition.org/pupo/1152>.

CAPÍTULO I

ENQUADRAMENTO TEÓRICO E CONCEPTUAL

A ORIGEM HISTÓRICA DA PROTECÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

É característica da época actual a “tentativa” de promoção e protecção universal dos direitos humanos, de modo a que estes sejam realmente efectivos e não somente princípios ideais ou abstractos⁵. Mas, na realidade, encontramos o mundo dividido por zonas: numas, em que (tendencialmente) se atinge a “plenitude” do gozo dos direitos e noutras, onde estes são, todos os dias, cerceados. Temos um “*sistema de protecção dos direitos humanos que se desenvolve no seio das Nações Unidas e outros sistemas de carácter e vocação regional, que conglobam Estados de determinadas regiões do globo*”⁶. Um sistema de âmbito geral e outro de âmbito específico, de modo a que a protecção internacional da pessoa humana seja efectuada sob diversas ópticas.

No entanto, é indubitável que “*os mecanismos internacionais de protecção dos direitos do homem tornaram-se uma realidade inultrapassável na nossa sociedade jurídica, obrigando os Estados a desenvolverem a sua legislação num determinado sentido prescrito pelo direito internacional e a adoptarem actos administrativos e jurisdicionais conformes com um catálogo de direitos humanos*”⁷. Nas últimas décadas, entre tratados e declarações, foram aprovados cerca de uma centena de instrumentos internacionais de protecção dos direitos humanos^{8 9}.

Tem sido um processo datado e evolui (consoante as circunstâncias ou necessidades e fruto de uma incessante actividade negocial) no seio das organizações

⁵ Sobre os avanços e retrocessos do Direito Internacional dos Direitos Humanos vide CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto em “*Desafios e...*”.

⁶ MONACO, Gustavo Ferraz – A Declaração Universal dos Direitos da Criança e Seus Sucedâneos Internacionais, in *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, Coimbra, 2003, pág. 89 a 91.

⁷ ROCHA, Armando – *o Contencioso dos Direitos do Homem no Espaço Europeu, o Modelo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica editora, 2010, pág. 7.

⁸ NIKKEN, Pedro – El Concepto de Derechos Humanos, in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1.ª ed, 1994, pág. 21.

⁹ De referir que, a par deste, outros ramos de direito internacional (próximos) têm sido desenvolvidos: o direito internacional dos refugiados e o direito internacional humanitário (TAVARES, Raquel – *Direitos Humanos, de onde vêm, o que são e para que servem?*, PGR, INCM, 2012, pág. 21.).

internacionais, sempre à procura de novas iniciativas (com a finalidade de aperfeiçoar o sistema internacional de protecção do ser humano). A protecção internacional dos direitos humanos passou, assim, a ser uma matéria de extrema importância. Os “*direitos humanos*” são, muitas vezes, usados como bandeira, à sombra da qual se carregam as mais altas aspirações (legítimas ou ilegítimas), confundindo-se, na maioria das vezes, o seu “*conteúdo jurídico com a sugestão de conteúdo sujeita a alterações políticas*”^{10 11}.

Com a finalidade de evitar novas atrocidades, iguais ou piores às cometidas durante a II Guerra Mundial¹², a Declaração Universal dos Direitos Humanos representa um marco histórico, enquanto declaração de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados¹³. Cortou com tudo o que se conhecia até então, no tocante às relações existentes entre estados¹⁴. Para além disso, apesar do seu carácter não vinculativo¹⁵, constituindo um dos pilares do Sistema Internacional de Protecção aos Direitos Humanos¹⁶, serviu de impulso para a inclusão dos seus princípios nas constituições nacionais (como direitos fundamentais) e para a criação, mais tarde, de

¹⁰ Marcelo Neves, na análise que faz à “força simbólica dos Direitos Humanos”, caracteriza-a como ambivalente: “*de um lado, serve à afirmação e realização generalizada de direitos relacionados com a inclusão jurídica em condições de dissenso estrutural; de outro lado, atua como forma de manipulação política, seja para encobrir situações de carências de direitos, seja, mais bruscamente, para dar ensejo à opressão política, implicando, nesse caso, ofensas escandalosas aos próprios direitos humanos de amplas parcelas da população civil inocente*”. (NEVES, Marcelo – a Força Simbólica dos Direitos Humanos, in REDE, Revista Eletrônica de Direito do Estado, n.º 4, out-dez 2005, pág. 3. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-Marcelo%20Neves.pdf> .

¹¹ CABRITA, Isabel – *Direitos Humanos: um conceito em movimento*, Almedina, 2011, pág. 13.

¹² “*Ao que parece, paradoxalmente, o discurso dos direitos humanos internacionais emergiu num tempo quando o lado negro do ocidente moderno culminou numa aberrante e sem precedente negação dos direitos do indivíduo.*” (VON BERNSTORFF, Jochen - The changing fortunes of the Universal Declaration of Human Rights : genesis and symbolic dimensions of the turn to rights in international law, in *European journal of international law*, v.19, n.º 5, November 2008, pág. 907, disponível em <http://www.ejil.org/pdfs/19/5/1710.pdf>).

¹³ “*Por um lado, o princípio de não intervenção em assuntos internos – reconhecido desde 1648 na Paz de Westfália e na criação da Liga das Nações – e, de outro, o facto de que o direito internacional se ocupou, primordialmente, das relações entre Estados fizeram com que o direito internacional se mantivesse à margem da protecção dos direitos humanos.*” (CARDOZA ZÚÑIGA, Rubén – A dicotomia jurisdicional entre Direito Interno e Direito Internacional em matéria de Direitos Humanos, in *Meritum*, meritum, v. 5, n. 2, Jul./Dez. 2010, pág. 132. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/index.php/meritum/article/view/1090>).

¹⁴ Partia-se, até esta altura, do pressuposto de que somente os estados eram objecto de direito internacional e que, portanto, os indivíduos “*careciam de subjectividade jurídico-internacional, só podendo ser protegidos por via indirecta ou reflexa das normas internacionais*” (SOMMERMANN, Karl Peter – El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948, in *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*/coord. por António, 1996, págs. 97 e seguintes).

¹⁵ A sua natureza jurídica tem sido muito debatida, na doutrina jus internacionalista, e vai desde se lhe atribuir a mesma natureza das outras resoluções da Assembleia Geral (não criando obrigações para os Estados nem sendo fonte imediata de Direito Internacional) até ser entendida como “*instrumento pré-jurídico*”, como inspiração para outros instrumentos com força própria (vinculante ou não). Mas, na verdade, poderemos afirmar que, desde a sua adoção, se transformou num instrumento normativo, estabelecendo aquilo que se pode definir como o “*núcleo duro*” dos direitos humanos, ou seja: os *standards* mínimos para se viver com dignidade. Concordamos com Pedro Nikken quando afirma que o carácter vinculativo da Declaração Universal dos Direitos Humanos “*não responde a um enunciado único e depende, entre outras coisas, das circunstâncias em que a declaração foi emitida e do valor que se reconhece ao instrumento na altura de invocar os princípios proclamados*” (NIKKEN, Pedro – El Concepto, pág. 20).

¹⁶ VILLÁN DURÁN, Carlos – *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, 2002. - nota 5, pag.21.

convénios com força jurídica obrigatória¹⁷. Deu início à afirmação da dignidade da pessoa frente ao Estado, passando, este, a ter o dever de respeitar, garantir e organizar a sua acção, de modo a satisfazer a plena realização dos direitos consagrados¹⁸.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos veio culminar o processo iniciado com a Carta das Nações Unidas¹⁹, catalogando internacionalmente o núcleo de direitos humanos, abrangendo tanto os direitos civis e políticos como os direitos económicos, sociais e políticos²⁰.

No entanto, a protecção internacional dos direitos humanos sofreu um “*primeiro impulso antes da II Guerra Mundial*”, manifestando-se na intervenção humanitária e na inclusão de disposições relativas à protecção de certos direitos (em determinados tratados) como, por exemplo: a liberdade de religião e de culto, a proibição do tráfico de escravos e os regimes particulares de protecção convencional, que se dirigiam às vítimas de conflitos armados (direito internacional humanitário)²¹.

A guerra fria, que se seguiu à II Guerra Mundial, condicionou todo o debate em torno da pertinência dos direitos civis e políticos, defendidos pelos países ocidentais desenvolvidos, em contraponto com os direitos económicos, sociais e culturais (defendidos pelo bloco de leste)^{22 23}. No seguimento deste “conflito” ideológico e com o objectivo de estabelecerem mecanismos para fazer cumprir a DUDH, em 16 de Dezembro de 1966, foram adoptadas pela Assembleia Geral da ONU duas

¹⁷ Jochen VON BERNSTORFF, numa leitura que faz sobre a evolução da doutrina internacionalista em relação à Declaração Universal dos Direitos do Homem, define quatro fases doutrinárias: uma primeira, pautada pelo ceticismo e pela crítica, seguida de uma fase de afirmação e (ao mesmo tempo) de esquecimento, após a qual surge a da defesa da universalidade e, finalmente, a da procura de fundamentos para os direitos humanos, em face das limitações institucionais existentes. (VON BERNSTORFF, Jochen - *The changing fortunes...*, págs. 903-924).

¹⁸ NIKKEN, Pedro – *El Concepto...*, pág. 27.

¹⁹ No preâmbulo da Carta das Nações Unidas, reafirma-se “*a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos do homem e mulher*”, dispondo o seu artigo 55.º que “*todos os membros se comprometem a tomar medidas, conjunta ou separadamente, em cooperação com a organização para a realização dos propósitos consignados no artigo 55.º*”, entre os quais está o “*respeito universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de todos*”.

²⁰ Não se pode dissociar este documento de outros dois grandes momentos da história: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa (1789) (cujo lema se resumia aos postulados de *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*) e o surgimento da luta pelos direitos sociais: educação, saúde, trabalho, etc.

²¹ MARTINS, Ana Maria Guerra - *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Relatório, Almedina, 2011, pág. 97 e seg. A autora, ao analisar a evolução histórica da protecção internacional, separa (numa primeira parte) os tipos de protecção efectuados antes e depois da II Guerra Mundial.

²² “*...inicialmente estava previsto aprovar um único Pacto que reconhecesse o conjunto dos direitos e liberdades fundamentais*” (GÓMEZ ISA, Felipe – *La protección internacional de los derechos humanos*, in *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad Deusto, Bilbao, 2004, pág. 41 – disponível em http://www.humanitariannet.deusto.es/publica/PUBLICACIONES_PDF/10%20Protecci%C3%B3n%20internacional.pdf

²³ A codificação dos direitos humanos só se tornou possível devido ao facto de a ONU ter assumido a obrigação de promover o seu respeito, em cooperação com os Estados.

convenções²⁴: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais²⁵.

Foram referidas como motivos da adopção de dois pactos distintos as dificuldades para definir, com precisão, os direitos garantidos e consequente sistema de controlo. Por um lado, a estrutura dos direitos civis e políticos, em contraponto com os direitos económicos, sociais e culturais, considerados como um complexo de obrigações positivas e negativas (abstenção de actuar em certos âmbitos e de realizar uma série de funções), de modo a garantir o gozo da autonomia individual e ambos exigíveis judicialmente. Por outro, o valor programático dos direitos económicos, sociais e culturais (vinculados a prestações positivas) implicaria a necessidade de um desenvolvimento legislativo que, por seu turno, se encontra fortemente condicionado pela capacidade económico-prestacional do estado²⁶. Ou seja, os direitos sociais necessitam (para a sua realização prática) de uma ampliação dos poderes do Estado - contrariamente aos direitos de liberdade, implicam a limitação desse poder²⁷. Mas, no fim, subjacente à decisão de codificar os direitos em dois pactos distintos, esteve uma decisão política dos Estados que, no fundo, se identificavam com um ou com outro pacto. Afinal, a protecção internacional dos direitos humanos assenta num sistema de cooperação intergovernamental²⁸.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos acolheu os direitos à vida, à liberdade de expressão e religião, à segurança pessoal, à proibição da tortura, escravidão e servidão, à liberdade de reunião e associação, a casar e constituir família, às garantias no âmbito penal e processual penal, à igualdade perante a lei, à personalidade jurídica e a votar e ser eleito.

²⁴ A dimensão simbólica da Declaração Universal dos Direitos do Homem necessitava da aprovação de documentos vinculativos, acompanhada de força normativa judicial (VON BERNSTORFF, Jochen - *The changing fortunes* , pág. 905).

²⁵ “*Com efeito, os dois blocos apresentavam profundas divergências, no domínio da protecção internacional dos direitos humanos. Enquanto os Estados do Ocidente aceitavam a personalidade jurídica internacional do indivíduo, os Estados do Leste negavam-na. Os Estados do ocidente davam primazia aos direitos civis e políticos. Pelo contrário, os Estados do Leste preferiam os direitos económicos, sociais e culturais.*” (MARTINS, Ana Maria Guerra- *Direito*....pág. 128).

²⁶ SOMMERMAN, Karl-Peter – *El Desarrollo de los Derechos Humanos desde la Declaración Universal de 1948*.....pag. 101.

²⁷ BOBBIO, Norberto – *L’età dei diritti*, Einaudi Tascabili, 1990, pág. 17 e seguintes.

²⁸ MARTINS, Ana Maria Guerra – *Direito*....pag. 121.

Por seu turno, o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais acolheu os direitos à alimentação, à educação, à saúde, à habitação, ao trabalho, à liberdade sindical, à greve, à segurança social, à cultura e à educação.

Ambos proclamam a extensão dos direitos a todas as pessoas e proíbem a discriminação e, em conjunto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Foram, igualmente, objecto de protocolos facultativos adicionais: o Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, aprovado pela Resolução 2200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas (de 16 de Dezembro de 1966), que estabelece um sistema de comunicações individuais para os casos de alegadas violações dos direitos cíveis e políticos; o Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (com vista à abolição da pena de morte), aprovado pela Resolução n.º 44/128 da Assembleia Geral (de 15 de Dezembro de 1989); e o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Resolução n.º 6/117 da Assembleia Geral das Nações Unidas (de 10 de Dezembro de 2008), que estabelece, igualmente, um sistema de comunicações individuais para os casos de alegadas violações dos direitos económicos, sociais e culturais.

Para além dos mecanismos orientados para o estabelecimento de sistemas gerais de protecção, as Nações Unidas foram adoptando mais tratados, relativos a direitos humanos específicos: Convenção Sobre a Prevenção do Genocídio (1948), Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1950), Convenção Sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação sobre as Mulheres (1979), Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984), Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), entre outras. Surgiram ainda, a nível global, os chamados direitos colectivos da humanidade, como o direito ao desenvolvimento, o direito a um meio ambiente saudável e o direito à paz²⁹.

Toda esta actividade jurídica (no sentido da protecção internacional dos direitos humanos) mais não é do que o aprofundar da concepção inicial de que todo o ser humano é digno de protecção perante as actuações do estado. Tudo isto implica uma actividade incansável na procura de uma promoção e protecção cada vez mais eficazes face às constantes violações perpetradas contra os seres humanos.

²⁹ Alguns autores referem-se a estes direitos como sendo a “terceira geração” de direitos humanos.

Regionalmente, os países foram aprofundando (em conjunto) instrumentos mais ou menos evoluídos face à DUDH ou aos Pactos, consoante as suas próprias concepções sobre os mecanismos de promoção e protecção dos direitos humanos, com impacto significativo sobre o respectivo cumprimento. O movimento regional de elaboração de normas de direitos humanos teve início na Europa e na América, estendendo-se depois à África e ao mundo Árabe-Islâmico.

Neste nível, poderemos dizer que temos assistido a um desenvolvimento (talvez) exemplar (no âmbito do desenvolvimento normativo e no do aparecimento de mecanismos de carácter jurisdicional, como o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos).

Na Europa, a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (aprovada no seio do Conselho da Europa, em 1950 e completada por 14 protocolos adicionais) contém, basicamente, os chamados “direitos clássicos”. A originalidade da CEDH reside no mecanismo de garantia das suas normas (que, após o Protocolo n.º11, é exclusivamente jurisdicional)³⁰. Os direitos sociais, por seu turno, foram compilados na Carta Social Europeia, em 1961, com uma influência diminuta face à Convenção.

No mesmo ano em que foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e sob a influência dos trabalhos preparatórios levados a cabo nas Nações Unidas³¹, no seio da Organização de Estados Americanos (OEA) foi adoptada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, com a particularidade de estabelecer uma estreita ligação entre os direitos e os deveres do Homem³². Em 1978, a OEA aprovou a Convenção Americana relativa aos Direitos Humanos, ratificada por (somente) 25 estados. Esta convenção foi completada por dois protocolos adicionais – um relativo à abolição da pena de morte (8 estados) e outro relativo aos direitos económicos, sociais e culturais (13 estados).

No continente africano, à Carta de Unidade Africana³³, aprovada em 25 de Maio de 1963, seguiu-se a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos³⁴. A grande

³⁰ MARTINS, Ana Maria Guerra – *Direito*....pag. 104.

³¹ SOMMERMANN, Karl-Peter – El Desarrollo de los Derechos Humanos desde la Declaración Universal de 1948.....pag. 105.

³² MARTINS, Ana Maria Guerra – *Direito*....pag. 104.

³³ A Carta da Unidade Africana “*traduz as verdadeiras preocupações dos Estados Africanos, ou seja protegerem a sua independência, ajudarem os outros países do continente africano a libertar-se do jugo colonial...*” (MARTINS, Ana Maria Guerra – *Direito*....pag. 105).

inovação trazida por este último instrumento situa-se na concepção de indivíduo: visto não como indivíduo mas, também, como parte integrante de um grupo, “*ele existe pelo grupo e realiza-se no grupo*”³⁵. Revela-se, assim, a singularidade e a complexidade daquele continente, decorrente das circunstâncias históricas (dos processos de descolonização à luta pela autodeterminação).

A Liga Árabe (uma das organizações contemporâneas mais antigas, cujo pacto constitutivo é de 22 de Março de 1945, realizado por sete membros)³⁶ aprovou no Cairo, em 15 de Setembro de 1994, a Carta Árabe dos Direitos do Homem, que ainda não entrou em vigor. Este instrumento regional distingue-se dos outros instrumentos de direitos humanos pelo facto de fazer referência aos princípios eternos definidos pelo Direito muçulmano na Declaração do Cairo.

A nível institucional, foram criados mecanismos destinados a supervisionar o cumprimento das obrigações assumidas: nas Nações Unidas foi criado (para cada um dos Pactos) um comité de peritos, responsável pelo controlo da respectiva aplicação; regionalmente existem três tribunais de direitos humanos (Europa, África e continente americano) e um grupo de outros órgãos, que se pronunciam sobre a matéria. São actualmente realizadas acções de monitorização do sistema de protecção global, quer pelos peritos nomeados pelo Conselho de Direitos Humanos (anterior Comissão dos Direitos do Homem) quer pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, através dos seus gabinetes locais e regionais³⁷.

As tarefas dos organismos das Nações Unidas para os direitos humanos estão relacionadas com: o trabalho de assistência humanitária a vítimas das mais variadíssimas violações; a definição de *standards* mínimos, através da aprovação de mais convenções e declarações (analisando situações ou locais específicos e recomendando medidas para a sua total realização); a promoção dos direitos humanos, através de serviços de apoio ao sistema de relatórios; a protecção concreta dos direitos humanos, através do estabelecimento de procedimentos de acesso a informação (por parte de pessoas individuais ou grupos de pessoas, no âmbito da possível violação);

³⁴ A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos foi aprovada em 28 de Junho de 1981, entrando em vigor em 21 de Outubro de 1986.

³⁵ MARTINS, Ana Maria Guerra – *Direito*....pag. 106

³⁶ Actualmente a Liga conta com 22 países membros.

³⁷ TAVARES, Raquel – *Direitos*..., pág. 20

esforços para mitigar ou terminar violações particulares, utilizando a “exposição” e a “vergonha” como principais armas de luta.

A evolução neste domínio foi objecto de duas avaliações globais que, “*apesar de não terem efeitos jurídicos imediatos, acabam por ter influência de jure condendo*”³⁸. A I Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerão, 1968) representou, de certo modo, a gradual passagem da (1) fase legislativa, de elaboração dos primeiros instrumentos internacionais de direitos humanos (a exemplo os dois pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1966), à (2) fase da implementação de tais instrumentos, representando uma nova visão, a da inter-relação e da indivisibilidade dos direitos humanos.

A II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993) procedeu a uma reavaliação global da aplicação dos procedimentos convencionados e das perspectivas para o futuro, no sentido da consolidação e aperfeiçoamento dos mecanismos de protecção internacional dos direitos humanos³⁹. Dessa conferência surgiu a aprovação da Declaração e do Programa de Acção de Viena, “*que representou um grande contributo para o reforço do sistema dos direitos humanos das Nações Unidas, reforçando o seu carácter universal, a inter-relação entre os direitos humanos e a democracia, os direitos das minorias, da mulher, da criança e dos membros de grupos vulneráveis.*”⁴⁰. A partir daqui, afirmou-se, de forma inequívoca, a legitimidade da preocupação da comunidade internacional quanto à promoção e protecção dos direitos humanos, dando-se ênfase ao direito ao desenvolvimento e ao fortalecimento das instituições democráticas⁴¹.

³⁸ MARTINS, Ana Maria Guerra – *Direito*....pág. 107

³⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – A Consolidação da Capacidade Processual dos Indivíduos na Evolução da Protecção Internacional dos Direitos Humanos: Quadro Actual e Perspectivas na Passagem do Século, disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado3.html>.

⁴⁰ MARTINS, Ana Maria Guerra – *Direito*....pag. 108

⁴¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – *Desafios e ...*, pág. 17.

FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Muitas vezes usados como bandeira legitimadora de guerras e opressões ou como bandeira de luta (pela sociedade civil), a fim de protestar contra as mais variadas formas de violação, o valor dos direitos humanos encontra-se no seu fundamento⁴², por “expressarem a comunidade de valores e princípios inerentes à dignidade da pessoa humana”⁴³. Porque, por mais que os consideremos simples postulados do direito, estes “são a linguagem mediante a qual os indivíduos criaram uma defesa de sua autonomia contra a opressão da religião, do Estado, da família e do grupo”⁴⁴.

A história recente⁴⁵ parece confirmar a necessidade de encontrar fundamentos ou razões de ser da sua existência. A ‘falência’⁴⁶ das instituições internacionais (que, na maioria dos casos, se limitam à definição de normas e mecanismos de monitorização) e a inexistência de meios de controlo judicial efectivos fazem, muitas vezes, da dimensão simbólica das reivindicações dos direitos humanos um móbil para justificar o recurso à violência contra populações desprotegidas, em nome de violações perpetradas.

Herdeira da tradição, no seio da qual se forjaram os ideais dos direitos humanos, a demanda da sua justificação última é algo que, cada vez mais, se torna imperativo evitar deixar desaparecer⁴⁷.

⁴² A importância de fundamentar releva das situações de dificuldade em interpretar o sentido e alcance dos direitos, de colisão entre direitos ou de “encontrar um motivo para exigir o seu cumprimento” (GARCIA HUIDOBRO, Joaquín – A Protecção das Pessoas, in: *Direitos Humanos/Organização* de Paulo Ferreira da Cunha, Almedina, 2003, pág. 123).

⁴³ Cfr. ROCHA, Armando – *o Contencioso*.....pág. 24

⁴⁴ Cfr. *Apud* Michael Ignatieff por GARCÍA MENDEZ, Emilio – Origem, Sentido e Futuro dos Direitos Humanos: reflexões para uma nova agenda, in *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, Ano 1, n.º 1, 2004, pág. 6. Disponível em: <http://www.surjournal.org/index1.php>.

⁴⁵ No entanto, como refere Paulo Otero, a história da preocupação com a pessoa humana é muito anterior. “Toda a história da humanidade se resume a uma permanente luta pela progressiva consciência e afirmação dos direitos do ser humano como pessoa...” (OTERO, Paulo – *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, Almedina, 2007, pág. 7)

⁴⁶ Como exemplo de “falência”, temos a extinção da Comissão dos Direitos Humanos, em que as agendas políticas tinham mais importância do que a salvaguarda de um mínimo de dignidade humana de determinados povos, em determinadas zonas do globo (SHORT, Katherine – Da Comissão ao Conselho: a Organização das Nações Unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?, in *Sur- Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 5, n.º 9, Dezembro de 2008, pág. 173 a 193). Disponível em: <http://www.surjournal.org/index5.php>.

⁴⁷ HAARSCHER, Guy – *Filosofia dos Direitos do homem*, tradução António Pereira da Silva, Instituto Piaget, 1993, pág. 155. Este autor define a questão dos direitos do homem como omnipresente: “são invocados em toda a parte e sob todos os pretextos”; a questão é, também, demasiado importante para ser “abandonada ou” deixada “à recuperação política ou à ingenuidade bem-intencionada das grandes proclamações humanitárias.”

É notória, na doutrina, a falta de acordo sobre o que constitui o fundamento ou a justificação última dos direitos humanos. Afinal, já no momento inicial, e como exposto por Joaquin Garcia Huidobro, os redactores da Declaração Universal dos Direitos Humanos “*estavam plenamente de acordo em que os homens tinham os direitos expressos nesse documento*” mas em desacordo quanto à razão pela qual os homens eram detentores de tais direitos⁴⁸.

Usualmente, o problema da fundamentação dos direitos do homem vem ligado ao da sua conceptualização e realização. A separação mais elementar, “*sem subestimar as nuances*”⁴⁹, é aquela que divide os autores que (1) negam a possibilidade de uma fundamentação para os direitos humanos⁵⁰ [julgando apenas relevantes os esforços para a implementação e aplicabilidade destes e considerando o debate sobre a fundamentação inútil (concepções positivistas) ou sem conteúdo (concepções relativistas)] daqueles que (2) afirmam que os direitos humanos são “*pensados a partir da representação de um qualquer fundamento*”⁵¹.

Defensor da inutilidade de se procurar um fundamento absoluto para os direitos humanos, Norberto Bobbio considera-os como sendo direitos históricos, “*nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual*”⁵² e explicados por aquilo que ele denomina como o aumento da capacidade humana de domínio da natureza e dos outros homens. Afinal, o discurso sobre a necessidade de protecção internacional do indivíduo emergiu de um período negro de aberrantes violações de direitos e de formas de denegação da dignidade humana⁵³. De acordo com este autor, a partir do momento em que foram assumidos de forma explícita pela comunidade internacional (através da aprovação dos instrumentos e do mecanismo de protecção dos direitos humanos), a questão da fundamentação já não faz sentido. A questão principal situa-se nas condições

⁴⁸ GARCIA HUIDOBRO, Joaquin – A Protecção das Pessoas...., pág. 117.

⁴⁹ CHORÃO, Mário Emílio F. Bigotte - Nótula sobre a fundamentação dos direitos humanos, In: *Direitos Humanos*/ organização de Paulo Ferreira da Cunha, Almedina, 2003. – Páginas 77 a 97.

⁵⁰ Segundo Mário Chorão, este critério é “*manifestamente responsável pela debilitação e falência dos DH e pelo crescendo das ameaças de degenerescência totalitária do Estado de Direito e da democracia*” (CHORÃO, Mário Emílio F. Bigotte - Nótula sobre a fundamentação – pág. 78).

⁵¹ COUTINHO, Luís Pereira – Os Discursos dos Direitos humanos e a sua Protecção Internacional, in: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, volume V, ed. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, pág. 279. Para este autor, a divisão dos vários tipos de discursos referentes aos direitos humanos deve ser feita entre *discursos fundacionalistas* e *discursos não fundacionalistas*.

⁵² BOBBIO, Norberto – *L'età dei diritti*, Einaudi Tascabili, 1990, pág. 5 e seguintes.

⁵³ VON BERNSTORFF, Jochen - The changing fortunes of the Universal.....pág. 907.

de efectivação e de realização dos direitos humanos⁵⁴. O mais importante é a *prática dos direitos humanos*, independentemente dos valores subjacentes.

Ora, em nosso entendimento, é igualmente importante a fundamentação dos direitos humanos e a sua efectivação. Uma coisa não exclui a outra. A procura de um fundamento para a sua existência não deve supor a subvalorização da procura de uma maior efectividade das normas existentes. Estamos convictos disto porque cremos que a solidez da fundamentação implica (necessariamente) uma maior adesão por parte dos Estados e da sociedade, em geral (o que conduz à uma correlativa protecção). Implicará, pelo menos, uma maior efectividade das normas de protecção internacional dos direitos humanos.

Sem excluirmos parte da razão⁵⁵ que subjaz a esta concepção histórica dos direitos humanos (e na senda do exposto por Paulo Ferreira da Cunha)⁵⁶, entendemos que, mesmo assim, dever-se-á admitir que alguns direitos “*podem pré-existir em alguma latência, ou que, uma vez que historicamente alcançados passam para um nível superior de juridicidade*”. É uma outra maneira de ver o valor “história”, no reconhecimento de tais direitos ou no reconhecimento da necessidade de protecção do ser humano.

Ainda assim, poderemos afirmar que a concepção de Bobbio também é datada. Tem a marca duma época em que proliferava o entusiasmo face à aprovação dos dois Pactos com força vinculativa, em que se discutiam os mecanismos de garantia das normas de protecção internacional do ser humano.

Actualmente, a doutrina internacional toma um outro rumo. Parece que se chegou a uma encruzilhada: os homens são detentores de direitos subjectivos mas os bloqueios institucionais das organizações internacionais (provocados, muitas vezes, pelos interesses estaduais) põem em causa o gozo efectivo dos mesmos. Sempre que tal se verifica, impõe-se um regresso ao ponto de partida, para recuperar alguma da “inocência” perdida. Tem sido esta a postura da doutrina, em geral: a procura de uma

⁵⁴ Guy Haarscher escrevia (em 1993) que, no momento em que havia a possibilidade de realização dos ideais dos direitos do homem (herdados após séculos de luta), teríamos perdido a sua justificação última (HAARSCHER, Guy – *Filosofia...*, pág. 155).

⁵⁵ Não nos podemos esquecer que surgiu a necessidade de se proteger internacionalmente o ser humano. Tem que ver com o porquê do reconhecimento do ser humano como sujeito de Direito internacional. A história explica-nos como aqui chegamos (e porquê), lembrando-nos do período negro em que se viveu.

⁵⁶ CUNHA, Paulo Ferreira – Jusnaturalismo e Jushumanismo in *Direitos Humanos*/ organização de Paulo Ferreira da Cunha, Almedina, 2003, páginas 35 a 52.

nova “alma” que confira um renovado impulso ou que torne mais efectiva a garantia de protecção internacional do ser humano⁵⁷.

Fala-se, de novo, em direitos naturais e na ligação dos direitos humanos à metafísica⁵⁸. Sendo que, para a grande maioria dos autores, a protecção internacional do ser humano reflecte a influência da ideologia liberal e da sua teoria dos direitos naturais⁵⁹, baseando-se na “dignidade” do ser humano, como valor último, capaz de justificar o mais elementar direito.

De facto, quando falamos em fundamento dos direitos humanos, referimo-nos à sua natureza ou à sua razão de ser⁶⁰. Para que existem? O relevo de se determinar “*o que são*” os direitos humanos encontra-se na identificação de “*para que servem*”, “*enquanto discurso normativo efectivamente presente hoje na vida internacional*”⁶¹.

Para nós, a fundamentação dos direitos humanos hoje parece implicar uma abordagem tríplice. Em primeiro lugar, a necessidade de abordar o problema da sua definição, problema ontológico-semântico, compreendendo questões inerentes à linguagem e ao significado: O que são? Como defini-los e defendê-los? Em segundo lugar, o problema da especificidade antropocêntrica dos direitos humanos (ou seja, de toda a filosofia) em torno da chamada “natureza humana” (do fundamento antropológico) e as consequências que daí advêm. E no fim, o problema ético-político de se justificar e defender os direitos humanos, de modo a não serem postos em causa (seja porque por motivos for)⁶².

⁵⁷ Para uma visão mais detalhada sobre a procura duma “nova alma” da DUDH, ver VON BERNSTORFF, Jochen - The changing fortunes págs. 903-924.

⁵⁸ Sobre a relação entre os direitos humanos e a metafísica, vide ALEXANDER, Robert - Derechos humanos sin metafísica?, in *Doxa - Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 30, 2007, páginas 237-248.

⁵⁹ Na procura de qual o significado dos direitos humanos, o que são e quais são, Isabel Cabrita depara-se com variadíssimas correntes, que procuram explicar a ligação destes aos direitos naturais: por “*a maior parte das fontes da Declaração Universal dos Direitos do Homem*” serem de origem europeia e haver “*semelhanças conceptuais entre o discurso contemporâneo internacional sobre os direitos humanos e a teoria dos direitos naturais*” (CABRITA, Isabel – *Direitos ...*, págs. 28-29).

⁶⁰ “O problema da fundamentação ética dos direitos humanos está relacionado com a busca de argumentos racionais e morais que justifiquem sua pretensão de validade universal verifica-se que o conteúdo material tem como referência a dignidade inerente a todo ser humano, independentemente da controvérsia entre positivistas e jusnaturalistas. Por outro lado, esta noção substantiva também supõe um elemento formal, o qual indica as circunstâncias em que os direitos humanos adquirem relevância. Com efeito são, antes de tudo, as prerrogativas que o indivíduo tem frente ao Estado e que limitam o exercício de seu Poder.” - PEQUENO, Marconi – *O Fundamento dos Direitos Humanos*, disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/02_marconi_pequeno_fundamento_dh.pdf.

⁶¹ COUTINHO, Luís Pereira – Os Discursos dos Direitos humanos ..., pág. 297.

⁶² OLIVEIRA, Nythamar – *O Problema da Fundamentação Filosófica dos Direitos Humanos: Por um Cosmopolismo Semântico-Transcendental*, pág. 21. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/17300>.

Uma definição clara e consensual implica a sua aceitação. Muito se tem dito sobre a titularidade de direitos humanos mas poucos têm sido capazes de os definir. Todavia, todos concordamos que são fruto de uma luta incansável pelos valores da humanidade e que partem, sem dúvida, da convicção individual de que todos os seres humanos, pelo simples facto de o serem, têm direito a ser respeitados como tal. São direitos que têm como objectivo resguardar os valores importantes para a pessoa humana (a solidariedade, a igualdade, a fraternidade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana).

No entanto, apesar da facilidade em identificá-los, a construção de um conceito que os defina não é uma tarefa fácil, em razão da amplitude do tema. O conceito de direitos humanos, dado incorporar em si as mais variadas realidades políticas, sociais e culturais, apresenta um carácter fluído e em contínua redefinição⁶³, ultrapassando contextos de determinado tempo e espaço histórico e sendo fruto de múltiplos movimentos que transformaram e revolucionaram a sociedade.

Para alguns autores, representam: (1) ressalvas ao poder político⁶⁴, convencionadas internacionalmente, e (2) mecanismos destinados a fazer respeitar e concretizar aquelas condições de vida que possibilitam a todo o ser humano viver com dignidade, permitindo a satisfação das suas necessidades materiais e espirituais.

Os direitos humanos são meios para assegurar a possibilidade de escolhermos os nossos caminhos. Por esta razão, acreditar em direitos humanos é acreditar na tolerância. Ninguém mantém a sua crença nos direitos humanos sem, ao mesmo tempo, respeitar as escolhas que cada um faz, individual e colectivamente.

Podemos afirmar, portanto, serem os direitos humanos aqueles inerentes à pessoa humana, que visam preservar a sua integridade física e psicológica (perante os outros indivíduos e perante o Estado em geral). De forma a limitar os poderes das autoridades, garantindo (assim) o bem-estar social, através da igualdade, da fraternidade e da proibição de qualquer espécie de discriminação. Eles representam *standards* mínimos, sem os quais as pessoas não podem viver com dignidade.

⁶³ CORREIA, Theresa Raquel – Considerações iniciais sobre o conceito de direitos humanos, in: *Pensar*, vol. 10, n.º 10, Fev. 2005, pág. 99.

⁶⁴ KIRSTE, Stephan – Transpositive Foundations of Positive Human Rights, in: *Human Rights and the Problem of Legal Injustice*, 2012, pág. 201. São direitos individuais “dirigidos” ao Estado, para assegurar valores fundamentais da pessoa humana.

A especificidade antropocêntrica⁶⁵ reflecte-se, portanto, naquilo que Paulo Otero refere (no âmbito constitucional e transposto, por nós, para o âmbito internacional) como o facto de o direito se destinar ao “*homem vivo e concreto*”, uma vez que a pessoa humana é a base de toda a ordem jurídica⁶⁶, ou seja, o centro de toda a criação do direito, o fundamento da existência do “*Estado e de todas as restantes instituições políticas*”, cuja compreensão só fará sentido se estiver ao “*serviço da pessoa humana*”⁶⁷.

Ora, se consideramos os direitos humanos como princípios ou valores que permitem a uma pessoa afirmar a sua condição humana e participar plenamente da vida, os mesmos “gravitam” em torno da pessoa humana, aplicam-se a todos os homens e servem para proteger a pessoa contra todo tipo de violação⁶⁸.

A protecção internacional do ser humano, comumente conhecida como “direitos humanos”, sendo originária dos chamados direitos naturais, dos direitos do cidadão e dos direitos do homem, mais não é que a consciencialização da necessidade da existência, a nível internacional, de um sistema reforçado de garantias. Ou seja, independentemente da concepção daquilo que fundamenta a existência dos direitos humanos, esta protecção veio, de facto, colocar a tónica no ser humano. Eles formam uma espécie importante e qualificada de direitos subjectivos, dotados de valor acrescido no ordenamento justificativo de um sistema de garantia reforçado⁶⁹.

Continuando a transpor a visão de Paulo Otero da esfera constitucional para a esfera internacional da protecção da pessoa humana, colocar o homem como centro deste fenómeno implica a busca (sem tréguas) de um modelo de organização, a nível mundial, que vise uma sociedade mais justa, mais segura e mais livre, ao serviço do

⁶⁵ É na relação com o homem que se entende a humanidade; o homem tido como centro de todo o universo da protecção internacional da pessoa humana. “O “direito” centro sobre o homem-individuo dirige uma protecção moral contra os abusos sempre ligados ao poder, ele próprio saído da sociedade.” BOISOT, Marcel - Direitos do homem ou direitos do homem, in *Direitos Humanos*/ organização de Paulo Ferreira da Cunha, Almedina, 2003, pág. 137 a 140.

⁶⁶ OTERO, Paulo – *As Instituições Políticas*...,pág. 28.

⁶⁷ OTERO, Paulo – *As Instituições Políticas*...,pág. 31.

⁶⁸ Pedro Nikken considera (neste sentido) que, independentemente do “*fundamento da inerência dos direitos humanos à pessoa, o reconhecimento da mesma pelo poder e [o facto de se encontrar plasmado] em instrumentos legais de protecção no âmbito doméstico e internacional, tendo sido produto de um sustentado desenvolvimento histórico, dentro do qual as ideias, o sofrimento dos povos, a mobilização pública e uma determinação universal de luta pela dignidade humana, foram forçando a vontade política necessária para consolidar uma grande conquista da humanidade, como é o reconhecimento de que toda a pessoa tem direitos pelo mero facto de o ser.*” (NIKKEN, Pedro - *Estudios básicos*...pág.21.).

⁶⁹ CHORÃO, Mário Emílio F. Bigotte - Nótula ...Pág. 78.

respeito e da garantia da dignidade de cada ser humano⁷⁰. Tendo sempre como ponto de partida que “*o espaço privado do indivíduo*”⁷¹ surge contra o Estado, contra as suas invasões e seu despotismo mas que, num outro sentido, este espaço implica exactamente um apelo ao Estado, para que este seja a primeira linha de protecção contra violações cometidas por outros indivíduos. É, sem dúvida, aqui que se situa o problema ético-político de se justificar e defender os direitos humanos. Num mundo cada vez mais relativizado, como encontrar um fundamento *absoluto*, que seja seguido por todos Estados?

A posição mais coerente parece-nos ser aquela em que assenta o fundamento ético-político da vinculação dos Estados às normas internacionais de protecção do ser humano, na sua “dignidade humana”. Ou seja, na qualidade que define a essência da pessoa humana, na ideia de que se deve garantir a liberdade e a autonomia ao sujeito, independentemente da sua vida particular ou da sua posição social, na visão do homem, pela comunidade internacional, como fim em si mesmo e não como um meio ou instrumento para a realização de algo⁷². Os direitos humanos surgem, assim, como meios para realizar a dignidade humana⁷³, essenciais⁷⁴, inalienáveis⁷⁵, irrenunciáveis⁷⁶, imprescritíveis⁷⁷ e universais⁷⁸.

Nem sempre é fácil definir ou explicar o conceito “dignidade humana”. Contudo, conseguimos perceber que esta é violada quando algo a coloca em causa. É um valor intrínseco e incondicional. O valor “dignidade humana” aparece como “criação da Renascença”, sendo definido como a capacidade de autodeterminação, tanto no indivíduo como na sociedade e é parte integrante da natureza humana⁷⁹.

⁷⁰ OTERO, Paulo – *As Instituições Políticas...*, pág. 30.

⁷¹ BOISOT, Marcel - *Direitos do Homem ou ...*, págs.137 a 140.

⁷² Para um estudo mais aprofundado sobre a visão Kantiana da dignidade humana, *vide*: OTERO, Paulo – *As Instituições Políticas...*, págs. 208 a 212.

⁷³ CABRITA, Isabel - *Direitos Humanos ...*, pág. 50 e seguintes. A autora aponta como consequências desta afirmação que: i) a pessoa humana passa a ser considerada como fim e fundamento do Estado e da sociedade (os direitos pré-existem e são objecto de um reconhecimento); ii) o respeito por parte do Estado e da sociedade implica uma margem de autonomia e liberdade pessoal em relação a cada ser; iii) a legitimidade do poder político é inerente ao consentimento de todos os governados (ligação entre a democracia e os direitos humanos); e iv) faz parte do conceito “dignidade humana” a necessidade de cada ser humano ter ao ser dispor meios materiais que lhe permitam ter uma existência condigna.

⁷⁴ Os direitos humanos são essenciais dado que têm como conteúdo valores supremos da pessoa humana.

⁷⁵ Não podem ser transferidos ou cedidos a outros.

⁷⁶ Significa que a autorização do seu titular não justifica a sua violação.

⁷⁷ Não se esgotam com o passar do tempo.

⁷⁸ Aplicam-se a todo o ser humano, independentemente da raça, credo ou religião.

⁷⁹ ADEODATO, João Maurício – *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*, Editora Noeses, 2011, pág. 332.

Concordamos com Paulo Otero quando define a dignidade humana como “*a dignidade de todo o ser humano: de todo e qualquer ser humano e concreto, em qualquer circunstância e em qualquer fase da sua existência*”⁸⁰, constituindo “*princípio geral do Direito Internacional integrante do ius cogens, ponto de contacto entre as diferentes civilizações e Estados com diferentes tradições históricas*”⁸¹.

Concluindo, fundamentar os direitos humanos é, assim, o mesmo que lhes dar significado ou dizer para que servem. Para proteger o ser humano contra as atrocidades cometidas (e a cometer) por outros seres humanos e pelo Estado e conceder-lhe uma vida com um mínimo de dignidade possível.

⁸⁰ OTERO, Paulo – *Instituições...*, pág. 547

⁸¹ OTERO, Paulo – *Instituições...*, pág. 569

UNIVERSALIDADE *VERSUS* RELATIVISMO CULTURAL: A CAMINHO DE UM CONSTITUCIONALISMO GLOBAL?

Desde no início dos anos noventa do século passado, uma das questões levantadas tem sido a da conjugação do pluralismo cultural com a universalidade dos direitos humanos⁸².

Produto do movimento de internacionalização⁸³ da protecção do ser humano, a ‘universalidade’ apresenta-se como uma das características básicas da denominada concepção contemporânea dos direitos humanos. Tal concepção assenta na ideia de que a “dignidade humana”, enquanto valor básico da humanidade, deve ser pressuposto do estabelecimento de uma ordem mundial.

Reconhecendo que “*todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados*” e que a todos deve ser dada a “*mesma ênfase*”, a Declaração de Viena⁸⁴, adoptada em 25 de Junho de 1993, vem dar um novo impulso aos princípios proclamados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. No entanto, aquela mesma declaração admite ser fundamental “*ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos*”. O que não é aceitável ocorrer é uma escusa da promoção e protecção dos “*direitos humanos e liberdades fundamentais*” fundamentada nessas mesmas especificidades.

O que implica os direitos serem universais? Implica a introdução em cada estado contratante (e implementação no respectivo sistema normativo) daquilo que se determina como mínimo comum (que garanta uma existência digna aos seus membros). Tendo por base que, independentemente do modo como são aplicados pelos poderes ocidentais e das críticas apresentadas pelo funcionamento das Organizações das Nações Unidas, os princípios de direitos humanos não são tendenciosos, devem ser aplicados a todos os seres humanos⁸⁵.

⁸² CABRITA, Isabel – *Direitos Humanos*....pág. 182.

⁸³ “A internacionalização do direito sempre trouxe consigo a questão da universalização dos direitos humanos” (ADEODATO, João Maurício – *Uma Teoria* ..., pág. 347).

⁸⁴ A Declaração de Viena teve como finalidade a consolidação da aplicação dos direitos humanos, contribuindo, desse modo, para o bem-estar necessário às relações pacíficas e amistosas entre os Estados soberanos.

⁸⁵ Ou, “sendo o discurso dos direitos humanos susceptível de elaboração no âmbito dos diferentes ordenamentos estaduais – nos limites da sua não intolerável descaracterização valorativa, bem entendido – os documentos

A tese universalista, procurando dotar o Direito Internacional dos Direitos Humanos de alcance universal, diz-nos que cada ser humano é dotado de dignidade, independentemente da posição social, raça, sexo, orientação sexual e outras. Ser humano basta para se ser digno e titular de direitos internacionalmente protegidos⁸⁶. A característica universal dos direitos humanos reside, pois, no seu conteúdo, no interior dos direitos humanos. Ou seja, na manutenção da dignidade humana, através da qual serão asseguradas as várias dimensões da vida humana⁸⁷.

Para os defensores do relativismo cultural e do respeito pelos valores culturais de cada país, a afirmação de que existem valores universais mais não é do que a justificação para o domínio de uma cultura sobre outras, consideradas inferiores⁸⁸. Os defensores do relativismo cultural tendem a reduzir a moral de uma cultura aos usos e costumes estabelecidos na sociedade, num determinado momento.

A cultura de uma dada sociedade é, para os defensores do relativismo cultural, o resultado de um dado processo histórico de identificações com (e de separações de) outras sociedades. Assim, segundo eles, se cada uma detém a sua identidade própria, construída individualmente e tendo por base a genética e os valores culturais de uma determinada época e local, não se pode falar em valores universais inatos a cada ser humano⁸⁹, nem a cada cultura ou grupo. Deste modo, a transposição de uma dada

correspondentes ao Direito Internacional dos Direitos Humanos poderão, reflexamente, ser interpretados por referência a diferentes matrizes culturais moldadas de outras tantas pré-compreensões." (COUTINHO, Luís Pereira – Os Discursos..., pág. 292).

⁸⁶ "O facto de os direitos humanos terem sido ocidentalmente pensados como direitos naturais no âmbito de uma lei de natureza relevante de um Cristianismo imanentizado não gera necessariamente a respectiva inadequação ao plano internacional. E tal na medida em que os mesmos – ou as correspondentes proibições, obrigações e permissões – possam, em medida variável, ser sustentável a partir das matrizes culturais distintas" (COUTINHO, Luís Pereira – Os Discursos..... pág. 299).

⁸⁷ CORREIA, Theresa Rachel – Considerações iniciais.....p. 101

⁸⁸ Para Samuel P. Huntington "No futuro, a identidade civilizacional será cada vez mais importante e o mundo será moldado, em grande medida, pelas interações entre sete ou oito grandes civilizações", incluindo nestas a ocidental, a confucionista, a islâmica, a hindu, etc. Isto porque, entre outras razões, segundo ele, o "mundo está a transformar-se num lugar pequeno". Segundo este autor, a cultura é a fonte de validade das normas (HUNTINGTON, Samuel P. - *O choque das Civilizações e a Mudança na Ordem Mundial*, Gradiva, Novembro de 2001, pág. 383 e seguintes).

⁸⁹ Para um estudo mais aprofundado sobre o inatismo da universalidade dos direitos humanos (relacionados com a crítica de Locke ao inatismo das ideias) vide: GRUBBA, Leilane Serratine – Considerações Epistemológicas sobre o Inatismo dos Direitos Humanos Universais: aportes para a dignidade humana, in *Revista de Direitos Humanos e Democracia*, ed. UNIJUI, ano 1, n.º 1, Jan/Jun., 2013, pág. 194. Disponível em <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/350/693>. Para esta autora, "os direitos humanos não podem se considerados universais nem inatos, enquanto valores compartilhados, mas devem ser entendidos contextualmente, de modo a garantir a dignidade imanente e a satisfação das necessidades"(pag. 226).

concepção de homem (por exemplo, a da matriz europeia-ocidental)⁹⁰ para uma universalidade abstracta implica, de facto, a universalização de uma dada cultura⁹¹.

Parece-nos que alguns autores defensores do relativismo cultural confundem (muitas das vezes) o reconhecimento do direito com a efectividade desse mesmo direito⁹². Daí alguns autores referirem que as normas de direitos são universais (mas de geometria variável), de forma a distinguir o diferente grau de efectividade atingido nos mais variados cantos do planeta.

Muitos dos que defendem o relativismo cultural ignoram o papel que as culturas não ocidentais têm tido, na evolução dos instrumentos de protecção internacional dos direitos humanos⁹³.

Ora, a este nível, a questão que se coloca não é a de saber (através dos direitos humanos) se existe ou não intenção na tendência imperialista ocidental⁹⁴ mas, antes, de saber se os princípios que lhes estão subjacentes são (ou não) eficazes na resolução dos problemas com que se debatem as culturas diferentes das ocidentais? Se, uma vez adoptadas e observadas, as normas internacionais de protecção do ser humano eliminam (ou, pelo menos, reduzem) as opressões e abusos perpetrados nesses territórios⁹⁵?

Se as respostas a estas perguntas forem positivas, em que medida, então, se está a prejudicar as culturas não ocidentais com a aplicação universal dos princípios plasmados nos instrumentos internacionais? Como poderão estes ser considerados

⁹⁰ A concepção ocidental dos direitos humanos caracteriza-se pela ênfase no individualismo, no euro centrismo e no liberalismo.

⁹¹ GRUBBBA, Leilane Serrattine – Para uma Perspectiva Latinoamericana e Emancipatória dos Direitos Humanos, in *Revista da Faculdade de Direito UFMG* n.º 61, Jul./Dez. 2012, pág. 317 a 318. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2304.2012v61p305/229>. Para esta autora, a vertente universalista do Direito Internacional dos Direitos Humanos envolve a abstracção de uma ideia de homem. Sendo que a abstracção daquilo que é fundamental conduz (para salvar um modelo teórico) àquilo que a autora define como a sua naturalização, “relegando as suas alternativas ao campo do irracional e do subjectivismo”.

⁹² Como afirma Patrícia Jerónimo “a universalidade dos direitos do homem não significa uniformidade nem inflexibilidade, pelo que se afigura inteiramente compatível com os particularismos determinados pelas diferenças entre culturas. São estes particularismos, de resto, que determinam as concretas formas que os direitos humanos assumem”. (JERÓNIMO, Patrícia – *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações*, Almedina, 2001, pág. 256).

⁹³ MAYER, Ann Elizabeth – *Debating the Universality of Human Rights A Plea for a Critical Perspective* in <https://lgst.wharton.upenn.edu/profile/1133/research/?pubFilter=workingPaper>.

⁹⁴ Anne Mayer desconstrói este argumento utilizando a relutância demonstrada pelos Estados Unidos da América, um país ocidental, na aplicação dos instrumentos internacionais de protecção dos direitos humanos. (MAYER, Ann Elizabeth – *Debating* ...). Aliás, basta recorrermos à página das Nações Unidas sobre o estado de ratificação dos instrumentos de protecção internacional do ser humano para vermos que este país só ratificou o PIDCP.

⁹⁵ Estas são, segundo a autora Anne Mayer, as principais questões a colocar para se determinar se os direitos humanos pertencem ou não ao território muçulmano (MAYER, Ann Elizabeth – *Debating*...). Entendemos que a mesma pergunta deve ser orientada para as outras culturas, para além da muçulmana.

aprovados, em prol de grandes poderes⁹⁶? Na verdade, em sintonia com o que foi aprovado na Convenção de Viena (e não só por países ocidentais), os princípios subjacentes aos instrumentos internacionais de protecção dos direitos humanos devem ser adequados ou adaptados, quando se revelam ineficazes perante determinada cultura. O que não pode acontecer é a relativização na aplicação das normas de protecção internacional do ser humano com base na evocação de uma determinada cultura, contrária aos valores internacionalmente aceites.

Ernesto Garzón Valdez defende, neste mesmo sentido, que será possível conjugar o “*respeito num pluralismo cultural*” com a defesa de princípios e “*valores éticos de validade universais*”. Concordamos com este autor quando afirma que sucede, da mesma forma: (1) o relativismo cultural radical conduzir a consequências inaceitáveis (na perspectiva de se resguardar uma ordem nacional) e (2) defender-se o contrário (ou seja, que a existência de valores universais, sem ter em conta as particularidades das culturas, resulta contraditória), uma vez que “*os nossos princípios éticos obrigam-nos a respeitar que os outros se regem por suas próprias crenças*”⁹⁷. Esta visão do mundo não nos parece muito diferente do plasmado na Convenção de Viena.

Relevante, quando se considera a universalidade dos direitos humanos, é o aumento do número de ratificações de convenções internacionais de direitos humanos. Em 2013, entre outros instrumentos, o PIDESC tinha sido ratificado por 161 Estados e o PIDCP por 166 Estados.

Com a entrada do século XXI e na onda do processo de globalização do final dos anos 90 do século passado, começou a surgir, na doutrina internacional, uma corrente⁹⁸ a defender a chamada constitucionalização do Direito Internacional.

Segundo esta corrente, os acontecimentos históricos dos últimos anos redefiniram os contornos do fenómeno do constitucionalismo, passando este para um cenário

⁹⁶ MAYER, Ann Elizabeth – *Debating* Ou, como diz a autora, como é que se poderá considerar neocolonialismo a aplicação do artigo 9.º do PIDC, que serve de garantia contra a prisão arbitrária, ou a do artigo 10.º do mesmo dispositivo, o direito a ser tratado com humanidade e respeito pela sua dignidade durante a sua detenção?

⁹⁷ VILLORO, Luis – Sobre relativismo cultural y universalismo ético. En torno a ideas de Ernesto Garzon Valdez, in *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 9, Outubro, 1998, pág. 35-48. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obras/materia-autoridad/8085/Garz%C3%B3n%20Vald%C3%A9s,%20Ernesto/4>

⁹⁸ Fala-se num plano académico. Não existe qualquer reconhecimento individual de constituição global mas, antes, um número de visões sobre o que o constitucionalismo global é ou deva ser (ou o que o apoia, na esfera internacional).

transnacional⁹⁹, composto essencialmente pela “*eclosão de soft norms, a descentralização de fontes, a expansão dos mecanismos de controlo do direito e a multiplicação de tribunais, bem como pela ressignificação do conceito soberania*”¹⁰⁰.

Como suporte a esta posição, encontramos, em primeiro lugar, a chamada incrementação da “moralização” ou “humanização” do Direito Internacional. Partimos, para isso, das intervenções humanitárias (que apoiam valores fundamentais da comunidade internacional) contra comportamentos inaceitáveis de um dos seus membros, como argumento indicativo da existência de um processo de constitucionalização. Em segundo lugar, através da análise daquilo que existe na ordem jurídica internacional, das diferenciações ou das fragmentações existentes (quer ao nível dos direitos humanos, quer ao nível do direito do mar como exemplo), para se instituir o processo de constitucionalização na esfera do Direito Internacional. E, em terceiro lugar, usa a “permeabilidade” do constitucionalismo doméstico perante as normas do Direito Internacional como argumento para uma constitucionalização global. Neste âmbito, utiliza a limitação legal dos poderes estatais [através das chamadas “constituições paralelas” ou “constituições parciais”, das quais a Convenção Europeia dos Direitos Humanos é (na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos) um exemplo] para justificar a necessidade de existência de um constitucionalismo mundial¹⁰¹. Ou seja, parte do que temos, através de uma orientação descritiva, para aquilo que deveríamos ter (orientação normativa).

Para Anne Peters¹⁰², são quatro, os elementos importantes da constitucionalização mundial:

- a) A contínua eliminação do princípio da soberania como princípio base de Direito Internacional. Em sentido normativo, o Estado aparece como entidade cuja justificação assenta no exercício de funções públicas necessárias à vivência do ser humano em paz e segurança.

⁹⁹ Para Anne Peters, o constitucionalismo global tem como objectivo identificar e defender os princípios subjacentes ao constitucionalismo interno, no seio da esfera internacional. (PETERS, Anne – The Merits of Global Constitutionalism, in: *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 16: Iss. 2, Article 2, 2009, pág. 317, disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss2/>).

¹⁰⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski e KÖCHE, Rafael – Um direito sem Estado? Direitos Humanos e a formação de um novo quadro normativo global, in *Revista de Direito Internacional*, vol. 10, n.º 2, 2013, pág. 90.

¹⁰¹ DIGGELMANN, Oliver e ALTWICKER, Tilmann – *Is There Something Like Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism*. Disponível em <http://www.ivr.uzh.ch/institutsmitglieder/diggelmann/onlinescripts/2008Diggelmann-AltwickWorldConstitutionalism.pdf>.

¹⁰² PETERS, Anne – The Merits of, pág. 398.

- b) A substituição do princípio do consentimento estatal no processo decisório. Um dos pontos de referência é a inclusão e representação dos Estados nas Organizações Internacionais.
- c) A aceitação universal de certos valores, como a protecção dos direitos humanos. A aceitação formal dos tratados universais, consagrando valores constitucionais como início da constitucionalização.
- d) A legalização e justificação dos conflitos internacionais, através do estabelecimento de tribunais internacionais com jurisdição quase obrigatória.

As objecções apresentadas a esta linha de pensamento prendem-se, essencialmente, com a pertinência jurídica e com as suas repercussões políticas negativas. Para alguns autores, o facto de não existir no Direito Internacional uma metodologia constitucional consagrada afasta a possibilidade de se transpor para a esfera internacional o mesmo simbolismo que se encontra agregado ao constitucionalismo nacional. Para outros, a constitucionalização do Direito Internacional poderá levar a criar a ilusão de legitimidade da governação global. Outro dos argumentos aduzidos assenta no facto de que a leitura constitucional do Direito Internacional não tem por base uma real vontade política comum e é desprovida de uma estrutura de poderes e de sanções (a nível internacional) que permita aplicar, eficazmente, a constituição internacional¹⁰³.

O problema da constitucionalização coloca-se, quanto a nós, neste momento, ao nível do seu funcionamento. Isto porque, a nível nacional, (1) se fala em “desconstitucionalização” decorrente da pressão dos “mercados”; do processo da globalização económica; e, (3) se ataca a constituição, referindo-se que esta se encontra pejada de ideologia e se desrespeita a instituição que a garante, etc. Acrescentando o facto de, a nível europeu, sendo a Europa grande percussora da defesa dos direitos humanos, se discutir e aprovar medidas que atentam contra a propriedade privada.

Apesar de Anne Peters entender como ponto forte do movimento de constitucionalização do Direito Internacional o facto de este poder vir a representar uma

¹⁰³ Para um estudo mais aprofundado sobre os argumentos a favor e contra o constitucionalismo do Direito Internacional, *vide* PETERS, Anne – Reconstruction Constitutional – Liste du droit international: arguments pour et contre, in *Select Proceedings of European Society of International law*, vol.1/2006, Hart Publishing, 2008, págs. 361 a 375. Neste texto, a autora vai referindo os argumentos contra o constitucionalismo global, contestando um a um, para depois apresentar os pontos fortes de tal tema (na sua opinião).

estratégia judicial contra a desconstitucionalização das ordens jurídicas internas (por via da governação global)¹⁰⁴, entendemos que ainda há um longo percurso a caminhar, para chegarmos a um ponto de evolução tal que permita a existência de um constitucionalismo global.

No entanto, dado que a globalização (ao vincular cada vez mais os povos numa relação de interdependência)¹⁰⁵ tem gerado grandes desequilíbrios¹⁰⁶, levanta-se a questão de se saber se um constitucionalismo global, com apoio nos direitos humanos, poderia, pelo menos, minorar as grandes diferenças existentes.

Pensamos que a comunidade internacional ainda não está preparada¹⁰⁷ para uma imposição de padrões jurídicos dogmáticos, como os inerentes a uma constituição global ou mundial. Sendo o conceito de universalismo dos direitos humanos abundantemente desvirtuado (em nome da identidade cultural), sendo a política de Direitos Humanos uma política cultural e sendo que falar de cultura implica sempre a remissão para a diferença, para a particularidade e para a identidade, como conjugar isso com globalização?

Na verdade, pensamos que, no mundo globalizado em que vivemos, o paradigma da sociedade internacional poderá vir a coexistir com uma verdadeira comunidade internacional, com a presença de interesses, património e valores comuns ou (pelo menos) semelhantes¹⁰⁸. Para isso, torna-se necessário reconstruir o conceito de Estado Constitucional¹⁰⁹, assente na releitura da noção de soberania, a partir de um eixo triplo: legitimidade dos governantes, intangibilidade dos direitos humanos e responsabilidade dos Estados¹¹⁰. Com alguns retrocessos pelo meio, poderemos até admitir que estamos a

¹⁰⁴ PETERS, Anne – *Reconstruction constitutionnaliste*pág. 371.

¹⁰⁵ SILVEIRA, Vladimir Oliveira e ROCASOLANO, Maria Mendez – *Direitos Humanos*..., pág. 84.

¹⁰⁶ “A chamada “globalização” da economia, a destabilização social tem gerado uma pauperização cada vez maior das camadas desfavorecidas da sociedade (e, com isso, as crescentes marginalização e exclusão sociais), ao mesmo tempo em que se verifica o debilitamento do controle do Estado sobre os fluxos de capital e bens e a sua incapacidade de proteger os membros mais débeis ou vulneráveis da sociedade” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – *Desafios e...*, pág. 423)

¹⁰⁷ Não implica que não possa vir a estar.

¹⁰⁸ No mesmo sentido exposto por Daniel Garcia San José, em Transformaciones en la concepción iusinternacionalista del Estado en un contexto de globalización de la justicia penal internacional, in *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, ISSN 0423-4847, Vol. 60, Nº. 2, 2012 (Ejemplar dedicado a: Constitución y globalización: la constitucionalización de espacios supranacionales / coord. por María Salvador Martínez), págs. 113-132.

¹⁰⁹ Para um estudo mais aprofundado sobre a transformação do Estado Constitucional num Estado de Direitos Humanos, vide Paulo Otero, *Instituições*...

¹¹⁰ GARCIA SAN JOSÉ, Daniel – Transformaciones en la concepción iusinternacionalista del Estado en un contexto de globalización de la justicia penal internacional, in *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de*

avançar lentamente, no sentido de uma globalização constitucional (assente numa cultura de direitos humanos). Não é, porém, líquido que lá chegaremos, pelo menos nos próximos tempos.

CAPÍTULO II

A EFECTIVIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS

NOÇÃO DE EFECTIVIDADE DAS NORMAS E TERMOS RELACIONADOS

Escrever sobre a efectividade de determinado grupo de normas significa escrever sobre uma das três preocupações que assolam os juristas: a da sua dimensão social. Em conjunto com as dimensões da justiça (adequação) e da validade (legalidade), esta dimensão tem feito correr rios de tinta, no seio dos grandes doutrinários do direito¹¹¹.

A definição de efectividade não se apresenta clara e, muitas vezes, é confundida com outras noções (como a de eficácia e a de eficiência) apresentando, assim, um objectivo duplo: a construção de uma linguagem teórica rigorosa¹¹², que a defina, e a repartição dos campos disciplinares¹¹³, distinguindo-a de outras categorias.

Etimologicamente, efectivo significa aquilo que é real, tangível, que existe na realidade¹¹⁴ e tornar-se efectivo é levar a efeito algo concebido, inspirado.

No direito, a efectividade representa a materialização (no mundo dos factos) dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social¹¹⁵.

¹¹¹ “Os autores que adoptaram o positivismo jurídico sustentam que estas três dimensões do direito devem permanecer separadas”. (DA CUNHA, Paulo Ferreira – *Justiça e Direito – Viagem à Tribo dos Juristas*, Quid iuris, Lisboa, 2010, pág. 263).

¹¹² Porque toda a norma é afectada a determinados factos do mundo social é que Friedrich Müller defende que “o problema normativo da relação entre direito e realidade só poderá ser entendido por uma teoria da prática jurídica que investigue as condições essenciais da realização do direito, sem perder-se numa análise limitada exclusivamente aos pormenores da técnica metodológica” (MÜLLER, Friedrich – Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas, tradução Luis Villacorta Mancebo, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág. 115).

¹¹³ CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique – *Effectivité ...*, pág. 27.

¹¹⁴ ABBAGNANO, Nicola – Efectivo in *Dicionário de Filosofia*, ed. Martins Fontes, São Paulo, 1998, pág. 406.

A efectividade de uma norma jurídica está relacionada com a sua aceitação pela comunidade, através do seu uso contínuo e real. Esta ou (como denominam alguns autores) a eficácia social¹¹⁶ das normas é determinada pelo cumprimento efectivo do direito, por parte da sociedade que reconhece as normas e as cumpre. Ela exprime a relação que existe entre um certo “estado” de facto, ou realidade, e uma norma ou situação jurídica. Assim, por oposição ao fictício, ela representa o que existe de facto.

Classicamente, entendia-se a efectividade de uma norma jurídica como tratando-se da conformidade dos comportamentos dos seus destinatários ou das autoridades obrigadas à sua aplicação, sob pena de (em caso de violação) sofrerem a respectiva sanção¹¹⁷.

Por exemplo, para Kelsen¹¹⁸, a efectividade de uma norma jurídica implicaria o preenchimento de duas condições: o seguimento pelos destinatários ou a aplicação pelos tribunais. Sendo função social do direito a motivação da conduta humana, pois a esta está sempre associado um juízo de valor, “a ideia de que a conduta em consonância com a lei é “boa”, ao passo que a contrária à ordem é “má””¹¹⁹.

De acordo com esta visão, clássica, o termo efectividade está directamente ligado ao comportamento dos sujeitos e à supervisão pelo mecanismo sancionador¹²⁰. A utilização da norma, quer pelas autoridades encarregadas da sua aplicação quer pelos seus destinatários, representa, para este entendimento, um sinal de efectividade. Assim, uma vez que se parte do facto de a norma representar um modelo de acção, esta seria considerada inefectiva se a obrigação que lhe está adstrita não fosse cumprida, nem sancionada adequadamente.

¹¹⁵ “Quando um evento previsto em um texto é tido pelos circunstantes como ocorrido, ele ganha um sentido normativo, ao mesmo tempo em que o texto da norma transforma-se em realidade, transpõe o abismo entre o signifiante, o significado e o próprio evento. Pode-se dizer que ele deixa o mundo do dever ser e penetra no ser ou que sai do âmbito de validade normativa para o da efectividade ou eficácia social” - ADEODATO, João Mauricio – *Uma Teoria* ..., pág. 228.

¹¹⁶ FERRAZ, Tércio Sampaio Ferraz – *Teoria da Norma Jurídica, ensaio de programática da constituição normativa*, 4.^a ed., Editora Forense, 2006, pág. 113 e seguintes (93 a 160). Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/TercioTeoria.pdf

¹¹⁷ LEROY, Yann – La Notion d’Effectivité du Droit in *Droit et Société*, n. ° 79/2011, LGDJ, pág. 719. O autor, neste artigo, parte inicialmente da noção clássica de efectividade, analisando as mais variadas concepções subjacentes, de modo a construir uma definição que, segundo ele, se mostre em consonância com a realidade jurídica.

¹¹⁸ Este autor confunde o termo efectividade com eficácia, vide KELSEN, Hans – *Teoria Geral do Direito e do Estado*, traduzida por Luís Carlos Borges, ed. Martins Fontes, 2000, pág. 55 “A afirmação de que o direito é eficaz significa apenas que a conduta efectiva dos homens se conforma às normas jurídicas”. Para nós, esta conformação é a efectividade, a eficácia representa a qualidade da norma em produzir determinados efeitos.

¹¹⁹ KELSEN, Hans – *Teoria Geral do* ...pag. 22

¹²⁰ LEROY, Yann – *La Notion*..., pág.719.

Parece-nos que, de acordo com a visão clássica, a efectividade da norma é pensada em dois moldes: é respeitada e (portanto) cumprida ou é violada e (portanto) eventualmente sancionável. Tem como única função prescrever comportamentos, proibindo-os ou autorizando-os.

Na verdade, a efectividade normativa está, em certa medida, relacionada com o cumprimento que (por sua vez) depende de variados factores¹²¹, sendo um deles a coercibilidade. Porém, ter o cumprimento como parâmetro único para aferir da efectividade de uma norma parece-nos redutor, na medida que, com base neste parâmetro, as normas permissivas, as normas de competência e as normas constitutivas (entre outras) não seriam efectivas¹²². Somente seriam efectivas as normas de mandato, que ordenam ou proíbem. Nem tampouco se teria em conta as chamadas normas princípios, enquanto “*comandos de optimização, que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não só depende das possibilidades fácticas, mas também das possibilidades jurídicas*”¹²³.

Diversos autores procuram construir uma definição de efectividade distinta da clássica, afastando-a da linha da sua aplicação¹²⁴. Isto porque, segundo eles, para além da concepção clássica de efectividade implicar a visão pela qual toda a norma é respeitada ou violada, esta não tem em conta a sua diversidade e as suas especificidades. E assenta, somente, na ideia de que toda a norma jurídica prevê uma sanção, que deverá ser aplicada em caso de violação. Sanção como um meio de assegurar o respeito da norma e, por assim dizer, uma maior garantia da sua efectividade, da sua realização de facto¹²⁵.

Numa primeira acepção, a noção de efectividade não corresponde somente à sua aplicação mas, mais amplamente, à sua utilização pelos indivíduos ou pelas autoridades

¹²¹ Neste sentido, vide ADEODATO, João Maurício – *Uma Teoria Retórica*..., pág. 226 e seguintes. Para este autor, são quatro os meios de comunicação que buscam a efectividade das normas: a persuasão, o engodo, a autoridade e a ameaça. Na persuasão, o comando normativo é tido como adequado e aceite pelo seu conteúdo. No engodo, a decisão efectiva é obtida pela adesão. Na autoridade, a decisão efectiva é aceite, em virtude daquele que a emite. E na ameaça, a decisão é obtida mediante a coercitividade do comando normativo.

¹²² DELGADO ECHEVERRIA, Jesus – Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles, in *Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho*, n.º 29, 2006, pág. 197.

¹²³ ALEXY, Robert. “*Teoria de Los Derechos Fundamentales*”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, Tradução Ernesto Garzon Valdez, pág. 91.

¹²⁴ Para um estudo mais aprofundado sobre estas concepções, vide LEROY, Yann – *La Notion* ..., pág. 724 e seguintes.

¹²⁵ LEROY, Yann – *La Notion*...pág.722. “*A sanção é apresentada como meio de assegurar o respeito da regra de direito. Ela será o meio destinado a assegurar o respeito e o exercício efectivo de um direito ou de uma obrigação.*”

públicas. Numa segunda, a efectividade encontra-se no interior dos efeitos produzidos pelas normas jurídicas¹²⁶.

Para o primeiro grupo de autores, a efectividade é uma noção extremamente complexa e é definida, por eles, como a capacidade inerente à regra de orientar o comportamento dos seus destinatários, dentro dos fins desejados pelo legislador. Partindo da ideia de que a norma constitui uma fonte, um padrão e uma referência para as acções, aquilo que realmente interessa (no estudo da efectividade normativa) é saber se a norma pode ser utilizada pelos sujeitos ou pelas autoridades (não interessará tanto saber se é ou não respeitada). A efectividade, segundo eles, visa um efeito particular, ligado aos comportamentos induzidos pela lei¹²⁷.

De acordo com a segunda corrente, a efectividade não é uma simples questão de facto (o constatar empírico do respeito da norma) mas apresenta, também, uma dimensão simbólica. A análise da efectividade da norma deverá englobar a evolução dos efeitos do direito, tendo em conta o ponto de vista dos utilizadores. É importante estudar os efeitos visíveis e simbólicos, jurídicos e não jurídicos, previsíveis ou não, desejados ou não, e até mesmo os efeitos inversos àqueles que se pretende encontrar¹²⁸.

Para Yann Leroy¹²⁹, mais próximo desta segunda corrente, e numa tentativa de se afastar da concepção clássica (que, segundo ele, se traduz numa concepção imperativa e repressiva do direito), inscreve a noção de efectividade no interior dos efeitos. Para este autor, efectividade mais não é do que a produção, pela norma jurídica, dos efeitos compatíveis com as finalidades que a mesma prossegue, quer se trate de efeitos concretos ou simbólicos, de efeitos jurídicos ou extrajurídicos, de efeitos previstos ou não, desejados ou não, imediatos ou diferidos, desde que estes não estejam em contradição com as finalidades prescritas pelas normas. De acordo com a sua posição, esta visão da efectividade permite ultrapassar aquilo que ele definiu como o pensamento binário ou dualista, no qual uma norma só poderá ser vista como efectiva ou inefectiva.

¹²⁶ LEROY, Yann – La Notion..., pág. 725 e seguintes.

¹²⁷ Inserem-se nesta posição François Ost e Michel van Kerchove. (*vide* LEROY, Yann – La Notion..., pág. 724 e seguintes). Para Yann Leroy, esta é também, em conjunto com a visão clássica, uma concepção redutora da efectividade, uma vez que, segundo ele, torna-se necessário afastar-se deste quadro conceptual (da utilização) e analisar os efeitos e as consequências inerentes às próprias normas, de modo a dispor de uma evolução mais pertinente das mesmas. A efectividade não corresponde (somente) à utilização concreta ou simbólica da norma (mas também aos efeitos decorrentes dessa utilização).

¹²⁸ LEROY, Yann – La Notion, pág. 726.

¹²⁹ LEROY, Yann – La Notion ..., pág. 715 e seguinte. O autor neste artigo parte, inicialmente, da noção clássica de efectividade, analisando as mais variadas concepções a ela subjacentes, de modo a construir uma definição que, segundo ele, se mostre em consonância com a realidade jurídica.

Para analisar a efectividade normativa, segundo o autor referido, o jurista deverá ser multidisciplinar, utilizando tanto a história, a ciência política, a economia e a sociologia jurídica, a fim de conhecer melhor o mundo que as normas jurídicas pretendem ordenar¹³⁰.

Quanto ao carácter essencial das sanções, o autor não nega a existência, no direito, daquilo a que chama de *controles reais verificativos* do respeito das normas, nem tampouco nega que a sanção prevista numa norma tenha importância nos comportamentos dos actores sociais - sobre as escolhas de conformação (ou não) com as obrigações impostas. No entanto, segundo ele, esta importância deve ser relativizada, uma vez que existem normas jurídicas que, sob cominação de uma sanção em caso de desrespeito, não impõem comportamentos obrigatórios e determinados¹³¹.

Assim sendo, centrando-se a efectividade de uma norma de direito nos efeitos (tendo por base que o direito é um instrumento por excelência de regulamentação social), a análise destes apresenta a vantagem de identificar a maneira como o direito influencia a realidade social, em face dos outros sistemas de regulação social¹³².

Concordamos com a posição de Guy Rocher¹³³ que, ao englobar na efectividade a procura sobre a evolução e o impacto de uma norma, defende que a análise daquela deverá englobar quer a observação através de estudos sobre impactos de direito (de modo a procurar todos os seus efeitos desejados e involuntários, sociais, culturais, políticos, etc.) quer a observação através de estudos relativos à observação da lei. Ou, como expõe Véronique Champeil-Desplats, a utilização pelo jurista, na análise da efectividade, de métodos estranhos aos que habitualmente usam¹³⁴.

Contudo, parece-nos que incorporar a noção de efectividade no interior dos efeitos é o mesmo que dizer, por outras palavras, que aquela significa a materialização (no mundo dos factos) dos preceitos legais.

A efectividade e a eficácia, dado tratarem da mesma realidade (i.e. os efeitos produzidos por uma norma) são conceitos que, por vezes, não são devidamente

¹³⁰ LEROY, Yann – La Notion ..., pág. 731.

¹³¹ LEROY, Yann – La Notion..., 723.

¹³² LEROY, Yann – La Notion ...,pág.731

¹³³ Plasmada em LEROY, Yann..., pág 728. Para este autor, a efectividade não se limita à procura dos efeitos; antes, estende-se, igualmente, à razão fundamental que explica esses efeitos e à maneira como se produzem.

¹³⁴ CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique – Effectivité pág. 13...).

distinguidos ¹³⁵. As distinções entre as noções de efectividade e eficácia são (muitas vezes) divergentes e empregues indiferentemente ¹³⁶.

Uma norma é efectiva quando é observada e aplicada pelos seus destinatários. A efectividade será, portanto, medida a partir das diferenças eventuais entre o direito e a sua realização, entre os comportamentos prescritos pelo direito e os comportamentos reais dos seus destinatários.

Por seu turno, a eficácia ¹³⁷ representa a qualidade da norma em produzir, em maior ou menor grau, determinados efeitos, dizendo respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executabilidade da norma. É, portanto, eficaz a norma que produz o efeito que procura. A eficácia resulta, pois, do confronto entre os objectivos assinalados e os resultados obtidos ¹³⁸.

A efectividade e a eficácia, apesar de conceitos distintos, são interdependentes. Na relação entre a efectividade e eficácia, por um lado, a primeira (em geral) depende da segunda; ou seja: da aptidão da norma em produzir efeitos e reger as situações da vida, operando assim os efeitos que lhe são inerentes. Por outro lado, representando a efectividade o efeito imediato e intermediário, em alguns casos permite alcançar um objectivo mais distante do que a simples utilização do direito (o seu fim último), que nos permite aferir da eficácia de uma norma ¹³⁹.

Outro dos conceitos relacionados com a efectividade é o da eficiência. A eficiência de uma norma é um conceito económico ¹⁴⁰ e obtém-se através da ponderação entre o grau de realização dos objectivos prosseguidos e os custos dessa realização. É eficiente a norma que permite obter os resultados pretendidos ao menor custo

¹³⁵ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique; LOCHARK, Danièle – L’effectivité au regard des notions voisines, in: À la recherche de l’effectivité des droits de l’homme, organização Véronique Champeil-Desplats e Danièle Lochak, Nanterre: Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, pág. 27. Disponível em: <http://books.openedition.org/pupo/1155>.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ Para Tércio Sampaio Ferraz, é possível encontrar-se duas espécies de eficácia: a eficácia social e efectividade e a eficácia técnica (ou a aplicabilidade das normas, no sentido de aptidão para produzirem efeitos). Para a norma ser considerada eficaz, é necessário que os factos por ela previstos se materializem no plano da realidade. Para este autor, a efectividade pode confundir-se com a observância, dado que esta é condição para a efectividade normativa (FERRAZ, Tércio Sampaio Ferraz – *Teoria...* pág. 113 e seguintes).

¹³⁸ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique; LOCHARK, Danièle – L’effectivité ..., pág. 27.

¹³⁹ MINCKE, Christophe – Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit: le pôle réaliste de la validité, in *Revue Interdisciplinaire d’Etudes Juridiques*, 1998-40, pág. 141. Segundo o autor, serão ineficazes, por um lado, as leis incapazes de conduzirem à efectividade, se esta não for o meio adequado para atingir o seu fim último e, por outro lado, as leis das quais a efectividade não constitui um meio de atingir o fim último que fixa.

¹⁴⁰ MINCKE, Christophe – Effets ...pág. 141.

possível¹⁴¹. Este conceito relaciona-se com a efectividade¹⁴², na medida em que se torna necessário determinar quais as consequências reais da aplicação de determinada norma para se aferir dos benefícios atingidos. É possível calcular a eficiência de uma medida colocando na balança os ganhos de efectividade dos efeitos atingidos e os custos da sua implementação¹⁴³.

Assim, a efectividade representa a concretização da norma jurídica “*quando exactamente deixa o sentido norma-ideia e passa ao sentido de norma decisão efectiva*”¹⁴⁴. Tendo sempre presente que, como diz Friedrich Müller, “*o problema normativo da relação entre direito e realidade só poderá ser entendido por uma teoria da prática jurídica que investigue as condições essenciais da realização do direito, sem perder-se numa análise limitada exclusivamente aos pormenores da técnica metodológica*”¹⁴⁵.

¹⁴¹ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique; LOCHARK, Danièle – L’effectivité..., pág. 28.

¹⁴² O conceito de eficácia também se relaciona com o da eficiência na medida em que uma certa eficácia normativa é necessária à sua eficiência. A eficácia está relacionada com o grau de realização, centrando-se na questão de se saber se o fim prosseguido é atingido. Uma norma é perfeita, do ponto de vista da eficácia, se atingir plenamente os seus objectivos. Contudo, se a realização do fim da norma elevar o custo económico, isso põe em causa a eficiência dessa mesma norma. Assim, a eficiência é proporcional à eficácia, sem que o inverso seja verdade. A eficácia não é proporcional à eficiência porque uma modificação da eficiência da norma não tem forçosamente por efeito aumentar a proporção na qual os efeitos são atingidos. De facto, uma diminuição dos custos das medidas não tem por consequência atingir melhor os seus fins. (MINCKE, Christophe – Effets..., pág.141 a 147).

¹⁴³ MINCKE, Christophe – Effets..., pág. 147.

¹⁴⁴ ADEODATO, João Maurício – *Uma Teoria ...*, pág.219.

¹⁴⁵ MÜLLER, Friedrich – Tesis acerca ..., pág. 115.

EFFECTIVIDADE DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O estudo da efectividade das normas jurídicas internacionais mostra-se complexo, graças aos diversos factores que a influenciam, impedindo uma análise baseada somente na apreciação da estrutura jurídica das normas existentes; torna-se, assim, necessária a análise integral do próprio sistema jurídico (e da sua aplicação real na sociedade internacional).

Ora, a sociedade internacional tem sido construída de acordo com a evolução da própria concepção de Estado e foi crescendo quer pela dinamização das relações interestaduais, quer pela proliferação do número de actores¹⁴⁶. Da concepção do Direito Internacional clássico até aos nossos dias, ocorreram várias transformações: passou-se por uma reformulação da ordem internacional (no pós-II Guerra Mundial) que se consubstanciou em novos mecanismos de aplicação das regras jurídicas e novos paradigmas (nas relações internacionais), multiplicando-se as fontes de produção normativa, no plano internacional. Factos que complicam a análise da efectividade normativa em Direito Internacional.

A expressão *efectividade na ordem jurídica internacional* é, desde há muito, utilizada na referência a estados, situações ou (até mesmo) títulos que - para serem válidos e oponíveis a terceiros - deverão ser efectivos. A efectividade é aqui vista como requisito de validade para determinada situação de facto “*ou de certos institutos, como a ocupação e o bloqueio*”¹⁴⁷. Ou seja, pelo impacto que o facto tem sobre o direito¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Para um estudo mais aprofundado da evolução da sociedade internacional e do direito internacional, vide BRITO, Wladimir – *Direito Internacional Público*, Coimbra Editora, 2008, pág. 15 a 63. Para Este autor, a evolução do Direito Internacional é influenciada por três factores: os conflitos bélicos, as relações económico-culturais e o desenvolvimento científico-tecnológico. Vide, igualmente, MIRANDA, Jorge – *Curso de Direito Internacional Público*, 5.ª edição, Principia, 2002, pág. 9 a 21.

¹⁴⁷ Ou seja, refere-se ao papel do princípio da efectividade, muito usual em Direito Internacional público. (MELLO, Celso de Albuquerque – *Curso de Direito Internacional Público*, 15.ª edição revista e ampliada, I Volume, editora Renovar, 2004, págs. 97 a 100 e LEROY, Yann – *La notion...*, pág. 716).

¹⁴⁸ A efectividade, como uma resistência do real, oposta a certos aspectos abusivos de um poder mais ou menos fictício: exigência de uma posse efectiva (como condição de aquisição de territórios); condenação, em nome da liberdade dos mares, de blocos fictícios na guerra marítima; e limitação dos poderes de autoridade militar inimigos, no território efectivamente ocupado. Aqui, a acção específica da efectividade (considerada no ponto de vista de certos aspectos de facto), tendo em vista o direito. (VISSCHER, Charles de – *Les effectivités du Droit International Public*, Éditions A. Pedone, 1967, pág. 8). Para este autor, existiam dois tipos de efectividade: as “*effectivités menées à terme*” e as “*effectivités en action*”. A primeira, como modo para justificar a existência de uma ordem estável; e a segunda para promover uma formulação nova do direito ou um princípio de solução de conflitos. (*idem...* pág. 13).

Contudo, consideramos que o estudo da efectividade das normas de Direito Internacional clássico deve ser efectuado, quer de forma distinta da acima referida, quer à margem das concepções sobre a efectividade das normas de direito interno. Pois este, enquanto direito de subordinação, distingue-se do direito de cooperação¹⁴⁹, característico daquele. Ou seja, deve ser construído com base nas especificidades próprias da ordem jurídica internacional, tentando perceber como ultrapassar a inexistência de uma entidade supranacional coerciva, que imponha o cumprimento¹⁵⁰.

Assim, para falarmos de efectividade (em Direito Internacional Público), deveremos começar por chamar à colação o debate desenvolvido, no seio da doutrina, entre aqueles que negam a sua existência (enquanto sistema normativo) e aqueles que afirmam que, independentemente das suas imperfeições, ele existe¹⁵¹. Sem esquecer, claro está, aqueles que, entre a negação e afirmação da sua existência, defendem que o Direito Internacional Público corresponde, de facto, a qualquer coisa de específico ou *sui generis*.

Entre os autores que negam a existência do Direito Internacional público encontramos Hegel, Hobbes, John Austin e Espinosa¹⁵². Justificam a sua inexistência pela persistência das guerras e das violações frequentes daquele direito que, segundo eles, põem em causa a existência de um corpo de regras obrigatórias¹⁵³. Para estes autores, partindo da ideia de direito enquanto comando com a correspondente sanção, dirigido por um poder soberano a um sujeito, o Direito Internacional não seria direito

¹⁴⁹ Resultam do relacionamento entre Estados e da necessidade de satisfação (em conjunto) de determinados interesses comuns, como sejam a segurança internacional, a paz, a cooperação económica, etc. (PEREIRA, André Gonçalves e FAUSTO QUADROS – *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª edição, Almedina, 2011, pág. 37).

¹⁵⁰ BRANT, Leonardo Nemer Caldeira e LAGE, Délber Andrade – Eficácia e Coerção: Uma análise sobre o sistema de garantia do cumprimento das normas jurídicas internacionais, in *Direito Internacional Contemporâneo*, coord. Leonardo Nemer Caldeira Bant, Délber Andrade Lage e Suzana Santi Cremasco, Juruá Editora, 2011, pág. 407.

¹⁵¹ Escolhemos falar deste debate porque, para falar de efectividade da norma de Direito Internacional, é preciso (de início) considerá-lo como ordem jurídica. E, apesar de esta ser uma discussão que aparenta estar ultrapassada, nada nos garante que tal suceda.

¹⁵² Apesar de ter origem nas ideias de Hobbes e Espinosa, esta corrente aparece em todas as épocas, tendo grandes adeptos na ciência política. (DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain – *Direito Internacional Público*, traduzido por Vítor Marques Coelho, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, pág. 87). Para alguns destes autores, não existe (pura e simplesmente) uma norma internacional; para outros, essa norma existe mas não a consideram jurídica. (MELLO, Celso de Albuquerque – *Curso de Direito ...*, pág. 115).

¹⁵³ Por via disso, os Estados, através dos tratados concluídos entre si, “*exprimem regras de prudência baseadas no estado momentâneo das relações de força entre as partes e durante o tempo que durem as mesmas relações*”. (DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain – *Direito Internacional Público ...*, pág. 89).

(no sentido estrito do termo), dado não se distinguir, no seu interior, nem soberania internacional, nem sanção (e nem coacção)¹⁵⁴.

Outros autores, dentro da mesma linha de pensamento e invocando a falta de coercibilidade oriunda de órgãos superiores (legislativos ou judiciais), reduzem o Direito Internacional a uma mera espécie de moral ou (no máximo) a um direito imperfeito, regulamentado por normas que integram o Direito interno do Estado, enquanto “*direito público aplicado às suas relações externas*”¹⁵⁵ (Albert Zorn¹⁵⁶, Erich Kaufman, Max Wenzel, Zitelmann, etc.).

No fundo, as concepções que negam a ideia de existência do Direito Internacional partem do princípio de que a “*inexistência de uma autoridade supra-estadual com poder para impor a observância das normas do Direito Internacional*”¹⁵⁷ representa um óbice para a sua efectividade¹⁵⁸. Estas concepções - para além de terem subjacente a ideia de que determinada ordem jurídica só existe, ou é válida, se for efectiva - têm como princípio que só existe direito quando este apresenta a mesma característica e a mesma estrutura do direito interno¹⁵⁹ e que (como inicialmente referimos) não deve servir de base à análise da efectividade do sistema normativo internacional, dado as características específicas do próprio Direito Internacional, enquanto direito de cooperação, serem muito distintas do direito de subordinação (subjacente ao Direito interno estadual)¹⁶⁰.

Outros autores sustentaram que (diferentemente dos anteriores e admitindo o Direito Internacional como ordem normativa que cria uma determinada ordem social)

¹⁵⁴ Tudo depende da posição que se tenha quanto à própria essência do Estado e da soberania: “*se se aceita a noção de soberania absoluta e inadmissível do Estado é óbvio que não se pode admitir a existência do Direito internacional*”. Ideia esta que, hoje em dia, se encontra ultrapassada. (vide PEREIRA, André Gonçalves e FAUSTO QUADROS – *Manual ...*, pág. 50).

¹⁵⁵ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain – *Direito Internacional Público...*, pág. 89.

¹⁵⁶ Para este autor, “*o direito das gentes não é juridicamente direito senão na medida em que se torna constitucional*”. (Apud- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain – *Direito Internacional Público...*, pág. 90)

¹⁵⁷ BRITO, Wladimir – *Direito Internacional Público...*, pág. 97.

¹⁵⁸ Para estas correntes teóricas, o direito constitui um “*sistema de regras obrigatórias*” que, para tornar as suas normas efectivamente obrigatórias, deveria possuir uma “*organização que compreenda autoridades superiores: um legislador, que estabelece a regra de direito, um juiz, que resolve os conflitos relativos à sua aplicação, e um polícia, que sanciona, se for caso disso, pela coacção material, as suas violações.*” (DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain – *Direito Internacional Público...*, pág. 88).

¹⁵⁹ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain – *Direito Internacional Público...*, pág. 87.

¹⁶⁰ Na sociedade internacional, coexistem entidades iguais (cujas pretensões são as do exercício da sua soberania). O Direito internacional, longe de ser incompatível com essa soberania, é o regulador dessa coexistência. (DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain – *Direito Internacional Público...*, pág. 85).

este se distingue da ordem jurídica interna pelas suas características “primitivas” ou pelo seu carácter “diferente”.

Neste grupo, encontramos Paul Guggenheim¹⁶¹, que sustentou que o carácter “primitivo” do Direito Internacional se manifesta no facto de as sanções - em caso de violação do direito - atingirem outros sujeitos de direito (diferentes dos autores materiais desses actos ilícitos). Ou seja, pelo facto de uma entidade colectiva (Estado ou Organização Internacional) ser submetida às sanções, por actos contrários ao Direito Internacional (praticados por indivíduos ou órgãos). E, por outro lado, pelo facto de as consequências específicas do acto ilícito (qualificado pelos Estados como tal) não consistirem - na ausência de um poder judicial e contrariamente ao Direito interno - em penas de execução forçada mas (essencialmente) em medidas de autoprotecção, como sendo as represálias. Para este autor¹⁶², as instituições (ainda primitivas) do Direito Internacional atravessam um lento processo de evolução para uma estrutura de subordinação internacional, cujo modelo é o do Direito interno.

Num outro quadrante da doutrina jus-internacionalista, se tem defendido que o Direito Internacional não será um direito “primitivo” mas, sim, um direito muito “diferente”, algo de *sui generis*. Segundo estes autores, o modelo do Direito interno para o problema da sanção não é aplicável ao nível internacional. O professor Charles Leben¹⁶³ defende que o esquema de evolução da ordem jurídica internacional não deve ser uma simples repetição da evolução vivida pela ordem jurídica interna.

De forma distinta, a realidade do Direito Internacional tem sido defendida por aqueles autores que a entendem como sendo um facto¹⁶⁴. Mesmo que este não resolva as relações entre entidades independentes, dotadas de soberania, e mesmo que a sua aplicação não seja assegurada. A verificação, na prática, de técnicas jurídicas é um elemento determinante, mesmo sendo estas imperfeitas ou incompletas. De facto, os

¹⁶¹ GUGGENHEIM, Paul - *Traité de Droit international public*, Tomo I, 12.^a edição revista, Librairie de l'Université, Georg & Cie S.A., Geneve, 1967, págs. 21 e 22.

¹⁶² GUGGENHEIM, Paul - *Traité de Droit international ...*, pág. 23.

¹⁶³ LEBEN, Charles - La Jurisdiction Internationale, in *Droit-Revue Française de Théorie Juridique*, 9, 1989, pág. 143 a 155.

¹⁶⁴ Neste sentido encontramos autores como Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet. Para estes autores, “a prova mais evidente e provavelmente a mais convincente da existência do direito internacional é fornecida pela observação, ainda que superficial, da vida e das relações internacionais: o direito internacional existe porque os Estados, os homens políticos, os movimentos de opinião, as organizações internacionais, governamentais ou não, o reconhecem e o invocam...” (DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain - *Direito Internacional Público...*, pág. 90).

Estados actuais têm o Direito Internacional em grande consideração, ainda que nem sempre o cumpram (o que é outra questão).

O Direito Internacional funda-se não pelo incumprimento (que também existe no Direito interno) mas, antes, pelas relações internacionais e de cooperação estatal: o respeito das “regras do jogo” internacional (soberania territorial, imunidades) e a aplicação de procedimentos convencionados (tratados).

James Brierly¹⁶⁵ defende que a melhor demonstração da existência de uma ordem jurídica internacional encontra-se no facto de os Estados, que formam a sociedade internacional, a reconhecerem como tal e se obrigarem a respeitá-la. No plano da existência, a postura dos Estados atesta, segundo esta corrente, a permanência do Direito Internacional como realidade jurídica. Aqueles poderão, até, justificar a sua conduta violadora de determinada norma internacional com todo o género de fundamentos mas não deixam de se sujeitar a este, mesmo que em defesa de interesses próprios.

Sobre a questão da inexistência de legislador¹⁶⁶, defende esta corrente que “*mesmo no Direito interno a lei não é a única fonte de direito*”¹⁶⁷, sendo ainda o costume (em Direito Internacional) a principal fonte, e que formam (em conjunto com algumas normas constantes dos tratados) o conceito de *ius cogens*, Direito Internacional imperativo.

Quanto à inexistência de órgãos jurisdicionais [tendo como ponto de partida o facto de, tanto ao nível consuetudinário como ao nível convencional, a competência jurisdicional dos tribunais internacionais ser facultativa], a realidade internacional tem vindo a mostrar que cada vez mais convenções internacionais atribuem jurisdição obrigatória ao Tribunal Internacional de Justiça¹⁶⁸.

Sobre a inexistência de sanções, poder-se-á dizer (como anteriormente se disse relativamente à efectividade das normas de Direito interno) que existem normas que não

¹⁶⁵ Contudo, para este autor, “*o direito internacional nunca será capaz de desempenhar um papel realmente efectivo nas relações internacionais enquanto não puder chamar a si alguns dos assuntos que pertencem actualmente à jurisdição interna de vários países*” (BRIERLY, James – *Direito Internacional*, tradução de M.R. Crucho de Almeida, 4.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1979, pág. 74).

¹⁶⁶ “*Só poderemos invocar a ausência de legislador se tivermos desta instituição uma visão «internista», rígida e restritiva*” Vide: DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain – *Direito Internacional Público...*, pág. 90).

¹⁶⁷ PEREIRA, André Gonçalves e FAUSTO QUADROS – *Manual ...*, pág. 52.

¹⁶⁸ PEREIRA, André Gonçalves e FAUSTO QUADROS – *Manual de Direito Internacional ...*, pág. 53.

comportam mecanismos de sanção. Em segundo lugar, que a aplicação (ou não) da sanção¹⁶⁹ poder-se-á (ou não) colocar ao nível da eficácia do direito¹⁷⁰ mas não ao nível da efectividade, cuja condição é o “sentimento” de obrigação¹⁷¹. O importante, para se aferir o grau de efectividade das normas de direito internacional Público, é perceber a questão de como os Estados se responsabilizam pela violação das mesmas¹⁷².

De facto, uma das maiores controvérsias em Direito Internacional é a discussão sobre a necessidade de medidas coercitivas (como condição para que as normas jurídicas internacionais sejam capazes de realizar os seus objectivos de forma efectiva)¹⁷³. Segundo Leonardo Brant e Délber Lage, o facto de não existir, na comunidade internacional, uma autoridade centralizada (com poderes de coerção) não compromete a efectividade das normas de Direito Internacional; o importante será saber, através da análise dos mecanismos de sanções existentes, se aquele tem (ou não) influência no comportamento dos seus sujeitos¹⁷⁴. De facto, tem tido (segundo os autores) porque tal é a vontade dos Estados e não porque lhes é imposto. Deste modo, parece-nos que, enquanto houver vontade dos Estados em cumprir os preceitos que eles próprios criaram e se obrigaram a aceitar, as normas serão efectivas.

Para além disto, não é totalmente correcto dizer que em Direito Internacional não existem sanções¹⁷⁵ às violações dos normativos internacionais. O Direito Internacional

¹⁶⁹ Na sanção, como expõem André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros, existem dois momentos: o psicológico e o físico, sendo o primeiro momento, que actua sempre, aquele que força o destinatário a conformar o seu comportamento ao prescrito pela norma, com o receio de aparecer, perante a sociedade internacional, como infractor; o segundo momento é aquele que (por vezes) é ineficaz. (PEREIRA, André Gonçalves e FAUSTO QUADROS – *Manual de Direito Internacional* ..., pág. 56).

¹⁷⁰ Vide: PEREIRA, André Gonçalves e FAUSTO QUADROS – *Manual de Direito Internacional* ..., pág. 54.

¹⁷¹ “O facto de a observação da vida política nos mostrar que nunca um Estado reconhece que está agir contra o Direito Internacional basta para daí aferirmos que ele possui a convicção da obrigatoriedade desse Direito”. (vide PEREIRA, André Gonçalves e FAUSTO QUADROS – *Manual de Direito Internacional* ..., pág. 56).

¹⁷² Neste sentido, Jorge Miranda diz-nos que, em direito internacional, para aferir a responsabilidade internacional de um Estado, deve ter-se em conta: i) a relevância dos interesses políticos conexos com a soberania dos Estados e a tendencial identificação dos danos morais com a lesão desses interesses; ii) a complexidade das relações (o Estado, como sujeito de direito internacional, ter de prosseguir interesses ou de responder por acções ou omissões quer dos seus órgãos e agentes, quer dos órgãos e agentes de outras entidades públicas, quer de particulares dentro do seu território); iii) a consequente relevância (entre as modalidades de reparação dos danos, a par da *restitutio in integrum* e do ressarcimento) da satisfação; iv) a prevalência dos mecanismos diplomáticos sobre os mecanismos jurisdicionais de efectivação; v) e a frequência e a forma de autotutela como a retorsão (resposta a violações de interesses do estado por meio de actos lícitos, ruptura de relações diplomáticas ou negociações com vista a tratado, etc.) ou as represálias (reacção através de actos lícitos, pacíficos ou não pacíficos). (MIRANDA, Jorge – *Curso Internacional* ..., pág. 347).

¹⁷³ BRANT, Leonardo Nemer Caldeira e LAGE, Délber Andrade – Eficácia e Coerção..., pág. 407 e seguintes.

¹⁷⁴ BRANT, Leonardo Nemer Caldeira e LAGE, Délber Andrade – Eficácia e Coerção..., pág. 472 (407 a 510).

¹⁷⁵ “A dificuldade não reside na existência ou inexistência de sanções” mas sim na “aplicação prática das sanções, desmentida pela realidade da vida internacional, que assiste geralmente, não ao cumprimento da norma de Direito, mas ao triunfo da vontade do mais forte”, gerando, por isso, um problema político e não jurídico. (PEREIRA, André Gonçalves e FAUSTO QUADROS – *Manual de* ..., pág. 54).

costumeiro conhece e pratica sanções ou meios coercivos¹⁷⁶, de forma e pesos variados: retorsão¹⁷⁷, rupturas diplomáticas, anulação de tratado irregularmente concluído, represálias¹⁷⁸, embargos¹⁷⁹ e bloqueios pacíficos¹⁸⁰.

Poder-se-á dizer que o Direito Internacional conhece formas diferentes de efectivar os comandos imperativos dele emanados. Assim, não se pode efectuar um estudo da efectividade da norma internacional só com base na sua análise estrutural; dever-se-á ter como base todas as forças exteriores que estão por detrás da sua positivação, sejam elas sociais, políticas ou económicas. Por exemplo, sobre a necessidade da existência de um determinado grau de efectividade da norma internacional costumeira, escreve Eduardo Baptista que esta “*é essencial para que possam surgir expectativas gerais de que o seu cumprimento é exigível*”¹⁸¹. Já em relação ao Direito Internacional convencional, a análise da efectividade das normas prescritas nos tratados depende da importância do assunto tratado, do seu *status* jurídico e, até, da necessidade de cooperação internacional entre os Estados parte (e, sobretudo, do peso directo que tenha, na evolução do direito na ordem jurídica internacional).

Se é assim, em relação à efectividade das normas de Direito Internacional público, como será em relação à efectividade das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos? Existirá alguma especificidade ou concentra os mesmos problemas que se encontram no Direito em geral (ou no Direito Internacional em especial)?

Emanada do Direito Internacional, a protecção internacional dos direitos humanos (entendida como *corpus jurídico*) adquiriu autonomia¹⁸², “*na medida que regula*

¹⁷⁶ São usados, por norma, quando fracassam os meios pacíficos de solução de controvérsia ou quando não são aplicáveis as medidas judiciais adequadas para a solução do conflito. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira – *Curso de Direito Internacional Público*, 6.ª edição revista, actualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 1089).

¹⁷⁷ Processo através do qual um Estado retribui ao outro, nos mesmos moldes, os actos pouco amistosos por estes praticados, em seu prejuízo. (Vide: MAZZUOLI, Valério de Oliveira – *Curso de Direito Internacional* ..., pág. 1089 e seguintes).

¹⁷⁸ Representa um “contra-ataque” de um Estado em relação ao outro, em virtude de eventual injustiça que este tenha cometido contra aquele ou contra os seus nacionais. (Vide: MAZZUOLI, Valério de Oliveira – *Curso de Direito Internacional* ..., pág. 1091).

¹⁷⁹ É o meio através do qual um Estado, em tempo de paz, sequestra navios e cargas de um outro Estado, ancorados em seus portos ou em trânsito pelo seu território, como medida de fazer valer a sua posição (em detrimento da vontade do Estado embargado). (MAZZUOLI, Valério de Oliveira – *Curso de Direito Internacional* ..., pág. 1091).

¹⁸⁰ Acontece quando um Estado, por meio de força armada, impede que outro Estado mantenha relações comerciais com outros. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira – *Curso de Direito Internacional* ..., pág. 1093).

¹⁸¹ BAPTISTA, Eduardo Correia – *Direito Internacional Público, Conceito e Fontes*, Vol.1, Ed. Lex, 1998, pág. 93.

¹⁸² Autonomia que se encontra reflectida pela construção de princípios distintos daqueles que imperam no Direito internacional, nomeadamente: o da irrelevância do princípio da reciprocidade, o da ausência da exclusividade da competência nacional, o da necessidade de ultrapassar o princípio da não ingerência nos assuntos internos, o da

*relações jurídicas dotadas de especificidade, imbuída de hermenêutica e metodologias próprias”*¹⁸³.

Assim, diferentemente dos restantes tratados de Direito Internacional, os tratados de direitos humanos (inspirados em preocupações de ordem superior e de modo a garantir o interesse superior) prescrevem obrigações de carácter objectivo, a ser implementadas¹⁸⁴.

Contudo, para que os direitos humanos sejam efectivos, não basta que estejam positivados em instrumentos internacionais: são necessárias condições para que sejam respeitados na realidade social; ou seja, que o Estado os respeite e os garanta, através de meios efectivos ou reais, e que, em caso de falha, seja responsabilizado por tal. É necessário que as normas de protecção internacional sejam instrumento de adaptação social, reflectam os valores vigentes e sejam reconhecidas como legítimas pela colectividade (o que, muitas vezes, representa um obstáculo à sua efectivação)¹⁸⁵.

Por outras palavras: é necessário que sejam garantidos, através da implementação das obrigações internacionalmente assumidas, e (em caso de incumprimento) os meios de garantia funcionem adequadamente¹⁸⁶. Sem esquecer que, dado o facto de abrangerem direitos heterogéneos (quanto ao fim e quanto ao modo de garantia), a efectividade das normas de direitos humanos assenta, também, em factores externos ao direito (como as relações de força e a mobilização da sociedade civil)¹⁸⁷.

Uma segunda especificidade relativa à questão da efectividade (em matéria de direitos humanos) repousa na generalidade e abstracção¹⁸⁸ dos enunciados normativos que plasmam os direitos. Por ser assim, os direitos humanos inscrevem-se numa problemática da conciliação. São (muito frequentemente) enunciados dentro das normas de mesmo valor jurídico, com um grau equivalente de generalidade¹⁸⁹, dando origem a

emergência de um princípio da irreversibilidade dos compromissos do Estado, o da natureza jurídica de *jus cogens* das normas de direito internacional de direitos humanos e o da progressiva afirmação da perspectiva universalista do direito internacional dos direitos humanos (MARTINS, Ana Maria Guerra – *Direito Internacional...*, pág. 87 e seguintes).

¹⁸³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto em “Desafios e Conquistas...”, pág. 412.

¹⁸⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – A Consolidação...

¹⁸⁵ E daí surge a importância da discussão em torno da universalidade dos princípios plasmados nos instrumentos internacionais de protecção dos direitos humanos.

¹⁸⁶ CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique – Effectivité..., pág. 18.

¹⁸⁷ CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique – Effectivité..., pág. 18.

¹⁸⁸ CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique – Effectivité ..., pág. 23.

¹⁸⁹ Idem.

jurisprudências como a do *princípio do efeito útil* e a *margem de apreciação* (e a uma grande variedade de comentários-gerais, resoluções e pareceres interpretativos)¹⁹⁰.

Assim, qualquer avaliação feita da efectividade das normas de direitos humanos implica ter sempre presente as especificidades referidas que (referindo-se ao valor humano) geram uma área de abrangência muito mais ampla do que possamos imaginar¹⁹¹.

¹⁹⁰ O que “*nem sempre funciona em benefício da protecção internacional dos direitos humanos*”. (MARTINS, Ana Maria Guerra – *Direito Internacional...*, pág. 122).

¹⁹¹ Neste sentido, Samantha Besson diz-nos que a efectividade apresenta certas particularidades em relação a outras normas e que torna muito interessante a questão sobre a relação entre o “dever ser”, o “poder ser” e o “ser”. (BESSON, Samantha – *L’effectivité des droits de l’homme, Du devoir être, du pouvoir être et de l’être en matière des droits de l’homme*, in *L’homme et son droit: mélanges au l’honneur de Marco Borghi à l’occasion de son 65.º anniversaires*,/ organizado por Jean-Baptiste Zuffery, Jaques Dubey e Adriano Previlatis, Schulthesi, 2011, pág. 83).

MEIOS PARA ATINGIR A EFECTIVIDADE DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: IMPLEMENTAÇÃO E SUPERVISÃO

A aprovação da DUDH proclamou um ideal comum (a ser atingido por todos os povos e por todos os Estados), prevendo a necessidade de adopção, por parte dos Estados, de medidas progressivas de carácter nacional e internacional, destinadas a assegurar o seu reconhecimento universal e a sua efectiva observância.

Como pensar na real efectivação de todos os direitos de protecção humana consagrados nos instrumentos internacionais, na vida internacional e na vida interna dos Estados?

A efectividade dos direitos humanos apresenta-se como grande desafio do constitucionalismo contemporâneo. Os Estados, ao assumirem o compromisso de assegurar as condições necessárias para que os tratados internacionais sejam respeitados em seus territórios, devem garantir que eles possam concretizar-se na sua plenitude. Segundo o parágrafo 1.º, do artigo 2.º, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), *“cada Estado membro compromete-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se encontrem nos seus territórios e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem qualquer distinção, derivada, nomeadamente, da raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política, ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade ou de nascimento, ou de outra situação”*. Comprometendo-se a, de acordo com o parágrafo 2.º do mesmo artigo, *“adoptar, de acordo com os seus processos constitucionais e com as disposições do presente Pacto, as medidas que permitam a adopção de decisões de ordem legislativa ou outras, capazes de dar efeito aos direitos reconhecidos no presente Pacto que ainda não estiverem em vigor”*. Encontra-se estabelecida neste artigo a obrigação de o Estado membro implementar no seu ordenamento interno as obrigações decorrentes do instrumento internacional, neste caso o PIDCP¹⁹². A implementação dos

¹⁹² A implementação deste pacto implica, por um lado, a não violação dos direitos por ele reconhecidos e, por outro, a protecção ou a adopção de medidas protectoras, que assegurem o seu exercício. (SEIBERT-FOHR, Anja – *Domestic Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights Pursuant to its article 2 para.2*, 2001, pág. 404. Disponível em: www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_seibert_fohr_5.pdf).

preceitos internacionais de direitos humanos é, portanto, um dos mecanismos encontrados pelo Pacto, através do qual se lhes dá efectividade.¹⁹³.

Através da implementação, o Estado membro introduz (no seu ordenamento jurídico interno) alterações na sua legislação, de acordo como os preceitos internacionais, e assegura uma efectiva aplicação dessa legislação por todos os órgãos e funcionários públicos¹⁹⁴.

No entanto, o problema da implementação depende de um certo desenvolvimento social¹⁹⁵: desafia a constituição mais progressista e tem a capacidade de desestabilizar o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica. Depende, na maioria das vezes, da vontade política dos Estados pois, no plano dos direitos humanos, a luta pela sua implementação é (muitas vezes) interrompida pela dificuldade de sujeição das soberanias estatais à supremacia do direito internacional.

Através da supervisão, os organismos internacionais estabelecem determinados processos, com o objectivo de verificar o cumprimento (pelos Estados Partes) das obrigações internacionalmente assumidas na protecção da pessoa humana.

É mediante a supervisão desenvolvida no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que surge (em grande parte das interpretações jurisprudenciais) a procura da efectividade das normas constantes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁹⁶. Muitas das vezes, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem invoca o carácter efectivo dos direitos enunciados pela convenção, como modo de lutar contra a passividade dos estados e obrigá-los a adoptar as medidas correctas de implementação desses direitos. Nesta posição, a noção de efectividade é utilizada essencialmente para assegurar a realização concreta desses direitos, nas ordens jurídicas internas, em consonância com os preceitos da convenção¹⁹⁷.

¹⁹³ SEIBERT-FOHR, Anja – *Domestic Implementation...*, pág.401.

¹⁹⁴ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS - *Direitos Humanos...*, pág. 25.

¹⁹⁵ “*Um diagnóstico adequado das condicionantes das políticas públicas de cada contexto para o desenvolvimento humano é indispensável para a implementação das correctas acções públicas efectivas em matéria de redução da desigualdade e de promoção da dignidade humana*” – GRUBBA, Leilane Serratine – Para uma Perspectiva latino-americana ..., págs. 305 a 330

¹⁹⁶ DELZANGLES, Béatrice – Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L’homme, in: *À la recherche de l’effectivité des droits de l’homme*, organização Véronique Champeil-Desplats e Danièle Lochak, Nanterre: Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, pág. 41. Disponível na internet em: <http://books.openedition.org/pupoi/1158>.

¹⁹⁷ É a chamada *teoria das obrigações positivas dos Estados*, “*implica que a CEDH, para além das clássicas obrigações negativas, também impõe aos Estados obrigações positivas, o que contribuiu para o esbatimento da*

Actualmente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vai para além dessa abordagem clássica de efectividade - vista como grau de realização (na prática social das regras enunciadas pelo direito) - seguindo uma noção polivalente, com diversos objectivos, que permita invocar (em certos direitos constantes da CEDH) não só contra os Estados mas, também, contra outros particulares (*efeito horizontal de certos direitos*)¹⁹⁸. Algumas vezes, recorre à noção de efectividade, de modo a reforçar a protecção dos direitos dos indivíduos, independentemente de poder pôr em causa a sobrevivência do sistema europeu de protecção dos direitos humanos, operando uma espécie de balanço de custo-benefício e, portanto (sob o pretexto de eficácia), introduzido em suas considerações uma estratégia judicial de eficiência, indexando o direito sobre a realidade social: efeitos ambivalentes da interpretação evolutiva – é com base na efectividade que o tribunal faz uma interpretação evolutiva dos direitos constantes da Convenção Europeia¹⁹⁹.

Sobre o modo de se assegurar a efectividade das normas de direitos humanos, Véronique Champeil-Desplats²⁰⁰ diz-nos que a história do pensamento jurídico oferece muitas pistas sobre o modo como se deve assegurá-la: através de mecanismos jurídicos (instituídos pelas normas) e extrajurídicos.

Relativamente aos mecanismos jurídicos, de acordo com esta autora, encontramos, pelo menos, cinco soluções: a primeira, a força performativa, é a ideia de que a simples enunciação de normas contribui para produzir efeitos no mundo ou permite que outros enunciados jurídicos produzam tais efeitos; a segunda, é a separação de poderes e a teoria do contrato social, que consiste em pensar a efectividade não a partir da enunciação de uma norma mas a partir do sistema jurídico global onde está configurada; a terceira, é o julgamento imparcial; a quarta, é a existência de serviços públicos e a capacidade destes para assegurar a efectividade dos direitos e liberdades; e, por fim, a procedimentalização do direito, que consiste na aproximação das autoridades normativas aos destinatários das normas, de modo a assegurar a participação destes últimos na determinação das normas às quais se submetem.

diferença entre os direitos civis e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais”. (MARQUES, Ana Maria Guerra – *Direito Internacional*...,pág. 197).

¹⁹⁸ *Idem*.

¹⁹⁹ DELZANGLES, Béatrice – *Effectivité*..., pág. 44.

²⁰⁰ CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique – *Effectivité*..., págs. 18 e seguintes.

No tocante aos mecanismos extrajurídicos, uma vez que o direito positivado não é, segundo esta autora, suficiente para assegurar a sua própria efectividade, torna-se necessária a existência de outros factores que o completam, nomeadamente (de acordo com a sua posição) de: relações de força existentes entre os mais variados actores (relações diplomáticas) e existência de condições objectivas (socioeconómicas) que não dependem da boa vontade dos que as proclamam nem dos meios previstos para as proteger.

Deste modo, nas secções seguintes, analisaremos o papel das duas ferramentas utilizadas no Direito Internacional dos Direitos Humanos e suas deficiências, implementação e supervisão, tendo (igualmente) presente o importante papel da sociedade civil na promoção e protecção do ser humano, ou seja, na efectividade das normas de direitos humanos.

Verificando que, pese embora existam diversos mecanismos para a efectividade do sistema internacional de protecção dos direitos humanos, aquela ainda depende, em última análise, da vontade política dos Estados. Em primeiro lugar, porque são estes os garantes imediatos da protecção dos direitos humanos. São eles que se responsabilizam, quer negativamente, através de comportamentos de abstenção, quer positivamente, através de políticas de implementação, pelo respeito dos princípios universais plasmados nos tratados internacionais que assinam e ratificam. Em segundo, porque (1) a omissão e contradição das políticas e (2) as falhas adoptadas pelo Estado face ao compromisso reflectem uma vontade política fora do quadro normativo, “*que obedece mais a poderes invisíveis, acaba deixando para trás a impunidade e arbitrariedade*”²⁰¹, e, muitas vezes, não é devidamente penalizada.

²⁰¹ DÍAZ PEREZ, Nydia Cecilia – Incidencia de la voluntad política de los Estados en la efectividad del Sistema de Protección de los Derechos Humanos, in: *Novaetvetera, Políticas Públicas y Derechos Humanos*, Janeiro-Dezembro 2010, vol. 19, n.º 63, p. 79. Disponível em: http://revistas.esap.edu.co/nova/wp-content/uploads/2011/07/art6_Nova63.pdf

IMPLEMENTAÇÃO E FALHAS EXISTENTES NOS SISTEMAS DE IMPLEMENTAÇÃO: O CASO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO.

Os direitos humanos são implementados de modo diverso, consoante as obrigações constantes no instrumento internacional a que o Estado parte se tenha vinculado. Ao ratificarem os instrumentos internacionais de protecção dos direitos humanos, os Estados partes podem incorporar as disposições dos mesmos²⁰² (directamente nas suas legislações internas) ou comprometer-se a respeitar, de outras maneiras, as obrigações deles constantes²⁰³. No caso das obrigações de respeito, exige-se a abstenção, do Estado parte, de interferir com o gozo de direitos. No caso das obrigações de protecção, exige-se que o Estado parte previna contra a violação de direitos, perpetrada por terceiros. No caso das obrigações de realização, exige-se que o Estado parte promova a adopção das medidas legislativas, administrativas e judiciais necessárias para atender à realização efectiva dos direitos consagrados.

Todavia, a implementação implica, sem dúvida, uma série de actividades, em que se incluem, entre outras, a promulgação de leis nacionais ou as práticas administrativas, de acordo com os preceitos normativos de direitos humanos, o fortalecimento do poder judiciário, o estabelecimento de instituições nacionais de direitos humanos e o aumento da participação democrática.

Da variedade de actividades que os estados devem promover, ao nível nacional, de modo a implementar cabalmente as normas de direitos humanos, destacaremos três: a incorporação das normas internacionais no direito interno, o estabelecimento de instituições nacionais de direitos humanos e a educação para os direitos humanos.

²⁰² “É possível identificar-se pelo menos duas formas de se realizar a abertura do direito interno ao sistema jurídico internacional. Uma, pela própria internalização de actos internacionais através do interconstitucional da incorporação de tratados internacionais no sistema jurídico interno e sua respectiva implementação, e, outra, pelo mimetismo de formas e conteúdos em relação aos padrões recomendados, portanto sem força vinculante, por órgãos internacionais ou seguidos por outros países sem necessariamente a obrigação directa do país anteceder a assimilação daqueles valores” (VIEIRA, Gustavo Oliveira e MORAIS, José Luis Bolzan de – A internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos: reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo, in: *Revista de Estudo Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), Julho-Dezembro 2012, pág. 179).

²⁰³ Um dos grandes assuntos discutidos no âmbito da implementação é o de se saber se os tratados de direitos humanos - nomeadamente ao nível global (o PIDCP) e ao nível regional (a CEDH, a CADH e a CADHP) - criam somente obrigações de resultado, como a de impedir as violações dos direitos humanos, ou também criam obrigações de condutas, como a obrigação de adoptar determinadas medidas de salvaguarda contra as violações. (SEIBERT-FOHR, Anja – *Domestic Implementation*..., pág. 401).

Para implementar os padrões internacionais de direitos humanos, os estados devem, em primeiro lugar, incorporá-los no direito interno. Regra geral, os tratados internacionais não definem o modo através do qual os Estados devem implementar normas de direitos humanos, deixando ao critério destes o modo como as obrigações serão implementadas a nível nacional.

Ora, as questões referentes à incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁰⁴, tal como no Direito Internacional em geral, prendem-se (essencialmente) com um aspecto teórico (o da hierarquia das fontes de Direito Internacional face ao Direito interno) e com um aspecto prático (o da resolução dos eventuais conflitos que surjam, entre as normas internacionais e a normas internas)²⁰⁵. Podemos dizer que são duas as teorias que abordam as relações e os sistemas de hierarquias das normas de Direito Internacional e de Direito interno, amplamente conhecidas por Monismo e Dualismo²⁰⁶.

Para a teoria dualista, o Direito interno de cada Estado e o Direito Internacional são dois sistemas jurídicos independentes e distintos. A aprovação de um tratado internacional por um Estado não tem qualquer impacto no seu ordenamento jurídico interno, a não ser que seja materializado, através de um acto de transformação do Direito internacional em norma jurídica interna²⁰⁷. Os argumentos que sustentam esta doutrina partem do facto de existirem diferenças (quer de conteúdo quer de fontes)²⁰⁸ entre o Direito Internacional e o Direito interno. Enquanto, no Direito interno, as normas são emanadas por uma autoridade (em relação à qual existe uma forte subordinação dos seus dependentes)²⁰⁹, no Direito Internacional, a obrigação do Estado

²⁰⁴ Para um estudo mais aprofundado sobre a recepção do Direito Internacional dos Direitos Humanos no seio do Direito português, vide MARTINS, Ana Maria Guerra – *Direito Internacional...*, págs. 110 a 113.

²⁰⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira – *Curso de Direito Internacional...*, pág. 66 e seguintes. Para André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros, esta questão só se coloca “quando se rejeita, na definição da norma de Direito Internacional, o critério do objecto da norma”, segundo o qual seria possível separar as matérias reguladas pelo Direito interno daquelas reguladas pelo Direito Internacional (PEREIRA, André Gonçalves e FAUSTO QUADROS – *Manual de Direito ...*, pág. 81).

²⁰⁶ Sobre esta querela, dizem-nos André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros que a mesma se encontra, actualmente, desvalorizada, em face das “soluções práticas fornecidas pelas formas mitigadas de monismo e de dualismo” (PEREIRA, André Gonçalves e FAUSTO QUADROS – *Manual de Direito ...*, pág. 86).

²⁰⁷ O que implica, na prática, que - para ser válido e eficaz na ordem jurídica interna - o Direito internacional precisa que, naquela, existam normas de recepção, que poderão derrogar as obrigações internacionais assumidas, fazendo o Estado incorrer em responsabilidade internacional (BRITO, Wladimir – *Direito Internacional...*,pág. 114 e 115).

²⁰⁸ Para os críticos desta teoria, a diversidade de fontes salientada tem como base a confusão “entre a origem e os modos como ela se revela”. A norma é produto da vida social, quer se trate do Direito interno, quer se trate do Direito Internacional (BRITO, Wladimir – *Direito Internacional...*,pág. 114.).

²⁰⁹ Idem...

assenta “na vontade comum de diversos Estados, ou na norma *pacta sunt servanda*”²¹⁰. Partem, ainda, do facto de os destinatários dos dois sistemas jurídicos serem diferentes²¹¹: o Direito Internacional tem como destinatários os Estados; no Direito interno, os seus destinatários são os indivíduos (quer nas relações entre si quer nas relações com o Estado)²¹².

Para a doutrina monista, o ponto de partida é o da unidade do conjunto de normas jurídicas, internas e internacionais, dependendo a sua organização e hierarquia da primazia que se atribuir ao Direito interno ou ao Direito Internacional²¹³. No primeiro caso, estamos perante um monismo com primado do Direito interno; no segundo caso, um monismo com primado no Direito Internacional.

Os defensores do monismo com primado no Direito interno²¹⁴ afirmam que “o *Direito Internacional deriva do Direito interno*”²¹⁵, na medida em que é o Estado, através da sua Constituição, quem reconhece quais os órgãos competentes para celebrar tratados, obrigando a tal no plano Internacional²¹⁶. Esta posição é fundamentada na ausência, no âmbito internacional, de uma autoridade supra estatal com poderes para obrigar os Estados a cumprir²¹⁷.

A tese do monismo com primado no Direito Internacional, fundada na Escola de Viena (Kelsen), defende que - em caso de conflito entre uma norma jurídica internacional e uma norma jurídica interna - aquela prevalece sobre esta. Para esta escola, o Direito Internacional determina tanto o fundamento de validade como o domínio territorial e pessoal das ordens jurídicas internas dos Estados. Sendo que, numa posição mais radical, “a regra interna contrária à internacional é nula” e (numa posição mais moderada) o legislador nacional teria um campo de acção mais amplo²¹⁸.

²¹⁰ BRITO, Wladimir – *Direito Internacional*...,pág. 114.

²¹¹ Contra este argumento, afirmam os críticos do dualismo que tanto o sistema jurídico internacional como o sistema jurídico interno podem ter diferentes destinatários (BRITO, Wladimir – *Direito Internacional*...,pág. 115).

²¹² Idem...

²¹³ BRITO, Wladimir – *Direito Internacional*...,pág. 116.

²¹⁴ As críticas que lhes são apresentadas prendem-se com o facto de, por um lado, esta teoria não conseguir explicar a vinculação do Estado ao costume internacional e, por outro, à “*vigência do Direito Internacional, mesmo quando se verificam transformações no Direito Constitucional dos Estados*” (BRITO, Wladimir – *Direito Internacional*...,pág. 118; MAZZUOLI, Valério de Oliveira – *Curso de Direito Internacional*..., pág. 81 e seguintes).

²¹⁵ BRITO, Wladimir – *Direito Internacional*...,pág. 117.

²¹⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira – *Curso de Direito Internacional*..., pág. 81 e seguintes.

²¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira – *Curso de Direito Internacional*..., pág. 81 e seguintes; BRITO, Wladimir – *Direito Internacional*...,pág. 117.

²¹⁸ PEREIRA, André Gonçalves e FAUSTO QUADROS – *Manual de Direito* ..., pág. 87.

Na prática, as soluções apresentadas têm sido objecto de críticas, sendo que nenhuma delas é adoptada em exclusividade. A tendência dominante é a do reconhecimento da superioridade do Direito Internacional sobre o Interno²¹⁹: em alguns Estados, há uma incorporação automática das disposições de tratados, após a ratificação e a publicação no jornal oficial; noutros Estados, exige-se a promulgação legal expressa das disposições do Direito Internacional convencional, antes de se tornar lei nacional²²⁰.

No contexto da protecção dos direitos humanos, segundo Cançado Trindade: a polémica clássica entre monistas e dualistas revela estar baseada em falsas premissas e ter sido superada, uma vez que se verifica, no seu âmbito, uma interacção dinâmica entre o Direito Internacional e o direito interno²²¹. No mesmo sentido, Valério de Oliveira Mazzuoli diz-nos que, no seio da protecção internacional dos direitos humanos, é possível falar da existência de um monismo dialógico; ou seja, dando como certo a prevalência da norma internacional face ao direito interno, a mesma admite poder ser afastada, mediante autoconcessão, por uma norma interna que seja mais benéfica ao individuo. Há, portanto, para este autor, uma espécie de diálogo e coexistência entre a norma internacional de direitos humanos e a norma interna²²².

Independentemente do método de incorporação do Direito Internacional no Direito interno poder ser monista ou dualista, o cerne da questão [em relação às normas constantes dos tratados de direitos humanos: PIDCP (ao nível global) e CEDH e CADH (ao nível regional)] é saber se, perante os tribunais nacionais, um individuo pode invocar *per se* uma disposição relativa àqueles tratados²²³, sem que tenha havido qualquer medida interna de incorporação. Ou seja, se são directamente aplicáveis²²⁴ nos Estados membros (com *status* de norma interna²²⁵ ou com *status* de Direito

²¹⁹ BRITO, Wladimir – *Direito Internacional*...,pág. 119.

²²⁰ Para um estudo aprofundado dos vários sistemas de recepção do Direito Internacional, *vide* PEREIRA, André Gonçalves e FAUSTO QUADROS – *Manual de Direito*..., págs. 94 a 105.

²²¹ CANÇADO TRINDADE, António Augusto – *A Consolidação* ...

²²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira – *Curso de Direito Internacional*..., pág. 81 e seguintes.

²²³ SEIBERT-FOHR, Anja – *Domestic Implementation*..., pág. 416. Em relação à possibilidade de haver, no PIDCP, aplicação directa dos seus preceitos nos ordenamentos internos dos Estados membro, a autora no diz que a letra do artigo 2.º do Pacto parece afastar essa possibilidade.

²²⁴ Para Ana Maria Guerra Martins, “*se uma regra for clara, completa e precisa podes ser directamente aplicável pelas autoridades nacionais sem adopção por parte destas de medidas legislativas*” (MARTINS, Ana Maria Guerra – *Direito Internacional*..., pág. 84).

²²⁵ SEIBERT-FOHR, Anja – *Domestic Implementation*..., pág. 421 e seguintes.

Internacional) ou se serão necessárias, do Estado Parte, medidas de implementação ou de auto execução das normas constantes do PIDCP, do CEDH ou do CADH²²⁶.

Sobre este assunto, Anja Seibert-Fohr (num estudo que faz à implementação nacional do PIDCP e ao abrigo do seu artigo 2.º)²²⁷ refere que, apesar de o Pacto não conter uma obrigação explícita que lhe confira *status* de norma interna, a justificação para a sua aplicação directa nas ordens jurídicas internas dos Estados Parte pode ter por base o compromisso decorrente do artigo 2.º, parágrafo 1.º, de “*respeitar e garantir a todos os indivíduos que se encontrem nos seus territórios e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto*”. Contudo, segundo esta autora, o parágrafo 2.º do mesmo artigo [ao referir que os Estados Parte se comprometem a “*adoptar, de acordo com os seus processos constitucionais e com as disposições do presente pacto, as medidas que permitam a adopção de decisões de ordem legislativa ou outra capazes de dar efeito aos direitos reconhecidos*”] parece excluir a aplicabilidade directa do Pacto. Ou seja, serão necessárias medidas de implementação dos Estados Parte, de acordo com os seus processos constitucionais²²⁸, para tornar os direitos prescritos no Pacto efectivos, mesmo antes da sua aplicação no ordenamento interno²²⁹. O gozo efectivo e a protecção dos direitos plasmados no Pacto é o parâmetro através do qual se mede as medidas de implementação utilizadas por cada Estado Parte²³⁰.

Analisando o que se passa relativamente à CADH e à CEDH, a autora conclui que decorrem, do primeiro instrumento internacional, obrigações semelhantes às constantes no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²³¹. De facto, o artigo 1.º determina que “*Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir o seu livre exercício a toda a pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição...*”; e o artigo 2.º determina que “*Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1.º ainda não estiver garantido por*

²²⁶ SEIBERT-FOHR, Anja – *Domestic Implementation...*, pág. 416.

²²⁷ No estudo que faz à história da redacção do Pacto, esta autora faz referência ao facto de que (apesar dos redactores terem a intenção de criar uma obrigação imediata para os Estados partes) foi rejeitada a ideia das disposições do Pacto se tornarem efectivas como Direito interno, com a excepção do artigo 23.º parágrafo 4.º. A intenção dos redactores foi a de evitar disposições que pudessem pôr em causa os mecanismos constitucionais domésticos de recepção do Direito internacional. (SEIBERT-FOHR, Anja – *Domestic Implementation...*, pág. 424).

²²⁸ Ou seja, não querendo interferir na escolha dos mecanismos internos de implementação.

²²⁹ SEIBERT-FOHR, Anja – *Domestic Implementation...*, pág. 418.

²³⁰ SEIBERT-FOHR, Anja – *Domestic Implementation...*, ver 419.

²³¹ SEIBERT-FOHR, Anja – *Domestic Implementation...*, pág. 421.

disposições legislativas ou de qualquer outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adoptar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efectivos tais direitos e liberdades”, obrigações muito semelhantes às constantes nos parágrafos 1.º e 2.º, do artigo 2.º do Pacto.

Por seu turno, na CEDH, não consta qualquer referência a medidas de implementação, como as constantes do Pacto²³². Nos termos do seu artigo 1.º, “*As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção*”. Deste modo, poderemos entender que a Convenção é directamente aplicável e que os direitos nela previstos são assegurados (dentro da jurisdição de cada Estado parte), dado que esta não refere a necessidade de implementação de “*medidas legislativas ou outras*”, como sucede no Pacto e na CADH. Para além deste artigo 1.º, encontramos na Convenção outra disposição que poderá levar-nos no sentido da respectiva aplicabilidade directa: trata-se do artigo 13.º. De acordo com este último artigo, “*Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuem no exercício das suas funções oficiais*”²³³. Apesar disto, tem sido opção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos manter a margem de liberdade de escolha dos meios de implementação do gozo dos direitos reconhecidos pela Convenção, afastando-se assim, da aplicabilidade directa da mesma²³⁴.

O Comité de Direitos Humanos pronunciou-se (diversas vezes) sobre esta matéria, quer no âmbito do procedimento de comunicações individuais, quer no âmbito da análise dos relatórios estatais.

²³² Idem...

²³³ SEIBERT-FOHR, Anja – *Domestic Implementation...*, pág. 422 - Para além destes dois artigos, a autora refere (ainda) que pode ser aplicado um outro argumento, em prol da aplicabilidade directa da Convenção: esse argumento é o da maneira como os direitos foram formulados - de modo suficientemente preciso para ser aplicável pelos tribunais domésticos.

²³⁴ Sobre a aplicabilidade directa do artigo 13.º da CEDH, no *Caso Swedish Drivers Union*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entendeu que cabia aos Estados membros definirem o modo de implementar a Convenção, negado que esta pudesse ter aplicabilidade directa. No *Caso Ireland v. United Kingdom*, dois anos após o caso anterior, afirmou que os direitos convencionados deverão ser “*assegurados directamente a qualquer pessoa na jurisdição dos Estados Contratantes*”; no entanto, afirmou que, dado a proibição não ser o único método de protecção do gozo dos direitos reconhecidos pela Convenção, a ausência de uma lei que proíba qualquer violação não é suficiente para estabelecer uma lacuna em face da Convenção (SEIBERT-FOHR, Anja – *Domestic Implementation...*, pág. 421).

Em nossa opinião, apesar de ser importante definir a forma como são incorporadas no Direito interno as obrigações decorrentes destes três instrumentos internacionais de protecção da pessoa humana, é muito mais importante perceber qual o seu papel e impacto na vida das pessoas e, por isso, (mesmo nos casos em que não haja uma incorporação formal no Direito interno), entendemos que os tribunais nacionais podem utilizar as normas internacionais de direitos humanos como parâmetros de orientação, na interpretação do direito nacional. Ou seja, os tribunais nacionais podem ter em vista as normas universais ou regionais de direitos humanos como padrão mínimo de protecção que a legislação nacional deve atingir. Afinal, é isso que se pretende com a definição internacional dos *standards* mínimos de dignidade, reconhecidos ao ser humano.

É, igualmente, importante ressaltar que a implementação interna de normas de direitos humanos exige um esforço conjunto e coordenado de todas as funções do Estado (judiciária, legislativa e executiva). Enquanto o poder legislativo é responsável pela transformação adequada dos direitos reconhecidos em normas internas, o poder executivo é responsável pelo cumprimento da lei e o poder judiciário, pela salvaguarda imediata do cumprimento das obrigações decorrentes dos instrumentos internacionais de protecção dos direitos humanos.

Para além desta questão, outras se levantam, que (igualmente) se estendem ao campo da protecção internacional do ser humano e que podem pôr em causa a sua efectividade. Estamos a falar das questões relativas às reservas e declarações interpretativas relativamente aos tratados de direitos humanos.

Com o fim de limitar a aplicação doméstica de um determinado tratado internacional, o Estado pode (no momento da assinatura, ratificação, confirmação formal, aceitação, aprovação ou adesão) formular reservas²³⁵ ou prestar declarações interpretativas. Por reserva entende-se (de acordo com o prescrito na alínea d) do n.º 1 do artigo 2.º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados - CVDT) a “*declaração unilateral, qualquer que seja o seu enunciado ou a sua denominação, feita por um Estado ou por uma organização internacional ao assinar, confirmar formalmente, aceitar ou aprovar um tratado ou a ele aderir com o objectivo de excluir*

²³⁵ A não ser que: a) seja proibida pelo próprio tratado, b) que o tratado somente autorize determinado tipo de reservas, entre as quais não figure a reserva em questão e c) esta se mostre incompatível com o objecto do tratado (cfr. artigo 19.º da CVDT).

ou modificar os efeitos jurídicos de certas disposições do tratado na sua aplicação a esse Estado ou a essa organização”²³⁶.

As reservas²³⁷ podem ser de vários tipos: quanto à natureza, elas podem ser reservas de exclusão, cujo intuito é evitar certos efeitos, ou interpretativas; quanto ao momento em que são formuladas, podem ser de assinatura, de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão; e quanto à permissão, as reservas podem ser permitidas ou não permitidas.

As reservas regem-se pelos seguintes princípios:

- i. Princípio da liberdade, da licitude de formular reserva, ou seja, a faculdade de os Estados de estabelecer o regime de formulação das reservas, determinando quais os limites e o respectivo processo de elaboração e extinção (artigo 19.º da CVDT);
- ii. Princípio da necessidade da aceitação da reserva formulada, que em conjugação com os do consenso e da soberania, implicam que nenhum estado pode ser coagido a vincular-se a um tratado sob condições impostas (artigo 20.º da CVDT);
- iii. Todo o Estado contraente é titular de um “poder jurídico” de objecção à reserva de um outro Estado;
- iv. Da revogabilidade das reservas – Os Estados podem revogar as reservas apresentadas (alínea b) do n.º 3 do artigo 22.º da CVDT).

Salvo se expressamente permitido por um tratado, a eficácia de uma reserva está dependente da sua aceitação por parte de outros estados, sendo que, qualquer outro

²³⁶ Desta definição decorre que são três os elementos definidores: a declaração unilateral, a independência de conteúdo ou denominação e o objectivo de modificar ou excluir o efeito jurídico do tratado (PACHECO, Helena Maria – *As Reservas aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, Tese de mestrado em Ciência Jurídica-Internacionais, 2008, pág. 40)

²³⁷ Distinguem-se das declarações interpretativas, cuja finalidade é indicar o sentido e alcance de uma ou várias disposições do tratado; das cláusulas limitativas da aplicação de certas disposições, que podem ser classificadas de normais ou excepcionais (derrogatórias ou de salvaguarda) e cujas diferenças situam-se ao nível da natureza, as cláusulas de salvaguarda têm natureza consensual e temporária, e ao nível do objecto, estas podem incidir sobre o objecto e a finalidade do tratado, dado que são aplicadas em situações de emergência e transitórias; das reservas coloniais, cujo objectivo visa afastar a aplicação dos instrumentos jurídicos internacionais dos territórios que ainda permaneçam em domínio colonial ou equiparado a este; das declarações opcionais, que tem como objectivo a ampliação do conteúdo do tratado; das declarações políticas prestadas por um Estado no momento da assinatura, mas sem qualquer efeito jurídico; e das declarações unilaterais, em tratados bilaterais, cujo objectivo é o de modificar a parte do tratado que, por envolver apenas dois participantes, acaba por funcionar como revogação parcial (*vide*: PACHECO, Helena Maria – *As Reservas aos Tratados Internacionais ...*, pág. 48 e seguintes).

Estado parte pode se opor à dita reserva. Em geral, a reserva é considerada aceite por outro Estado Parte, caso não tenha levantado qualquer objecção, no prazo de doze meses após ter sido notificado da reserva (n.º 5 do artigo 20.º VCLT). Muitas vezes, o silêncio por parte dos demais Estados Partes parece ser a resposta mais comum às reservas.

Para alguns autores, as reservas são vistas como actos unilaterais, onde os Estados interessados no tratado, mas que não concordam com o texto integral do documento, apresentam declarações unilaterais a uma ou algumas disposições convencionadas. Para outros autores, as reservas são uma condição para que o Estado que as formulou tome parte no tratado²³⁸.

No entanto, elas têm como efeito, no Estado que as formulou, a delimitação do campo de alcance dos tratados, possibilitando a este o não assumir de todas as obrigações decorrentes da convenção, participando assim no tratado, que de outra forma não participaria. São por isso, um modo de flexibilização na vinculação ao tratado. E revelam, para além da posição de determinado Estado face ao tratado, a situação desse Estado perante os outros Estados Parte e o modo como se comportam os demais estados entre si²³⁹.

A razão de ser da permissão da apresentação de reservas tem a ver com tentativa de se atingir o máximo alcance possível na convenção internacional, de modo a que haja a maior participação possível de Estados. Contudo, e dado o seu carácter, elas podem pôr em causa a denominada integralidade dos tratados, uma vez que a sua aceitação apresenta um dano concreto, que debilita o tratado e a uniformidade da sua aplicação²⁴⁰.

No âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, e dado que esta matéria está ligada a ideais humanitários, os problemas relacionados com as reservas encontram-se ligados a questões políticas²⁴¹. Ora, “*os tratados de direitos humanos tendem a unificar o tratamento dado sobre a matéria, com fulcro de estabelecerem*

²³⁸ PACHECO, Helena Maria – *As Reservas aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, Tese de mestrado em Ciência Jurídica- Internacionais, 2008, pág. 41 e seguintes.

²³⁹ PACHECO, Helena Maria – *As Reservas aos Tratados Internacionais...*, pág. 74.

²⁴⁰ PACHECO, Helena Maria – *As Reservas aos Tratados Internacionais ...*, pág. 47.

²⁴¹ Um grande número de reservas verifica-se no âmbito da incompatibilidade da norma internacional face ao ordenamento jurídico interno.

código mundial de aplicação, não implicando em, necessariamente olvidar as nuances culturais, mas buscando um mínimo denominador comum”²⁴².

No sistema global de protecção do ser humano, pelo facto de o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²⁴³ ser omissivo quanto à questão das reservas, o Comité dos Direitos do Homem, no seu Comentário Geral n.º 24²⁴⁴, afirmou que a inexistência de uma proibição expressa quanto à faculdade de formular reservas não significa que elas sejam permitidas e admitindo-as, estas devem-se referir a uma disposição específica do tratado e indicar os termos precisos do seu alcance, tendo sempre em atenção, de acordo com os preceitos internacionais sobre o direito dos tratados, a CVDI, o fim e o objecto do tratado²⁴⁵.

No mesmo sentido a ex-Comissão dos Direitos Humanos (actualmente substituída pelo Conselho dos Direitos Humanos), na resolução 1998/9, afirmou que as reservas devem ser formuladas de forma precisa e no estritamente possível (especificadas e determinadas), não podendo ser admitidas reservas de carácter geral.

Esta posição dos dois órgãos das Nações Unidas justifica-se com o facto de, por um lado, a formulação de reservas muitas das vezes reflectirem a admissão de que o Estado em questão não pode ou não quer adequar a sua conduta aos padrões internacionais, devido aos encargos materiais inerentes à incorporação do tratado em questão. E, por outro lado, a aceitação de reservas de carácter geral tenderia a incentivar outros Estados a seguirem o exemplo, e assim reduzir a integralidade do tratado, desvirtuando completamente o seu sentido e alcance.

No sistema regional, o n.º 1 do artigo 57.º da CEDH²⁴⁶ proíbe, expressamente, a formulação de reservas "de carácter geral". Ao abrigo deste artigo as reservas à CEDH devem: ser formuladas no momento da assinatura ou do depósito do instrumento de ratificação; ser relativas a uma disposição da CEDH, na medida em que uma lei em vigor esteja em discordância com ela; não revestir carácter geral; e ser acompanhada de

²⁴² PACHECO, Helena Maria – *As Reservas aos Tratados Internacionais* ...,pág. 80.

²⁴³ E o Primeiro Protocolo Facultativo.

²⁴⁴ Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom24.htm>.

²⁴⁵ Comentário Geral n.º 24, in *Documento das Nações Unidas* HRI/GEN/1/Ver.5, Compilação de Comentários Gerais e Recomendações Gerais adoptados pelos Órgãos de Controlo da Aplicação dos Tratados.

²⁴⁶ Segundo este artigo, “Qualquer Estado pode, no momento da assinatura desta Convenção ou do depósito do seu instrumento de ratificação, formular uma reserva a propósito de qualquer disposição da Convenção, na medida em que uma lei então em vigor no seu território estiver em discordância com aquela disposição. Este artigo não autoriza reservas de carácter geral.”.

uma breve descrição da lei em causa. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem discutiu a questão das reservas gerais no *caso Belilos v. Suíça* (1988) e no *caso Loizidou v. Turquia* (1995), o Tribunal considerou-se competente para avaliar a conformidade com a CEDH²⁴⁷.

No sistema regional americano, o artigo 75.º CADH estabelece que a Convenção “só pode ser objecto de reservas em conformidade com as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”. O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos pronunciou-se sobre esta questão no parecer consultivo²⁴⁸ sobre o “*Efeito das reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*”, considerando que as reservas só fariam sentido se não fossem incompatíveis como o objecto e o fim do tratado. Quanto à possibilidade de se formular reservas a direitos inderrogáveis o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, no seu parecer sobre “*restrições à pena de morte*”, considerou que qualquer reserva apresentada a estes direitos não é admissível, por ser incompatível com o fim do tratado. Defendendo a ideia da inadmissibilidade das reservas que desnaturalizem o carácter de inderrogabilidade desses direito²⁴⁹.

Deste modo, e uma vez que o âmbito das obrigações assumidas por um Estado Parte ao abrigo de um tratado internacional de direitos humanos deve ser determinada à luz de quaisquer reservas ou declarações interpretativas existentes²⁵⁰, estas são indesejáveis.

Embora a CVDT seja omissa quanto às chamadas declarações interpretativas, a sua importância tem aumentado dado o relevo prático²⁵¹ e as dúvidas que suscitam. Na declaração interpretativa o Estado, sem a intenção de modificar ou limitar as disposições do tratado, indica o sentido que extrai de determinada norma constante no tratado. A emissão de declarações interpretativas pode levantar alguns problemas, no direito internacional, nomeadamente, quanto à sua diferenciação das reservas. Sobre

²⁴⁷ MARTINS, Ana Maria Guerra – *Direito Internacional*..., pág. 199.

²⁴⁸ Parecer Consultivo OC- 2/82, de 24 de Setembro de 1982, disponível em <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1261.pdf?view=1>

²⁴⁹ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS – *Direitos Humanos*..., vol. I,., pág. 11

²⁵⁰ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS – *Direitos Humanos*..., vol. I,., pág. 12.

²⁵¹ Pela sua crescente utilização, nomeadamente em tratados que não admitem reservas.

esta questão, tem sido entendimento geral das organizações internacionais²⁵² que, independentemente da denominação feita por um Estado, o importante é aferir qual o objectivo real do autor, se esclarecer o significado de determinada norma ou se auto-excluir ou auto limitar da obrigação decorrente desta.

Um outro mecanismo de implementação que reflecte a procura de uma maior efectivação das normas internacionais de protecção é a criação das instituições nacionais de direitos humanos²⁵³.

Remontam a 1946 os esforços desenvolvidos pela ONU no sentido da criação e reforço de instituições nacionais de direitos humanos, tendo sido no Conselho Económico e Social (ECOSOC), a primeira vez que se levantou a questão de existirem instituições nacionais²⁵⁴ de promoção e protecção dos direitos humanos²⁵⁵. Contudo, e só após o desenvolvimento da produção normativa no domínio da protecção dos direitos humanos, nos anos 60 e 70, é que se reacendeu o debate sobre a importância, com efeitos na aplicação efectiva das normas, da existência das instituições nacionais²⁵⁶. Só a

²⁵² COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS – Sixty-first session, disponível em: <http://legal.un.org/ilc/reports/2009/english/chp5.pdf>.

²⁵³ Para um estudo mais aprofundado da contribuição das instituições de direitos humanos, vide DE BECO, Gauthier – La contribution des institutions nationales des droits de l’homme au renforcement de la Cour Européenne des droits de l’homme, in *Revue Trimestrielle des Droits de l’homme*, n.º 77, Jan. 2009. Páginas 165 a 194.

²⁵⁴ Por instituição nacional tem-se entendido como sendo “organismo instituído pelo Governo ao abrigo da Constituição, ou criado por lei, com funções especificamente definidas em matéria de promoção e protecção dos direitos humanos” (ALTO COMISSARIADO DA NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS – *Instituições Nacionais de Direitos Humanos*, Manual sobre a criação e o reforço de instituições nacionais para promoção e protecção dos direitos humanos, Publicação da Nações Unidas, 1995, pág. 9).

²⁵⁵ Vide resolução n.º 2/9 do Conselho Económico e Social de 21 de Junho de 1946 o convite endereçado aos Estados membros para “considerarem a conveniência de estabelecer grupos de informação ou comités locais de direitos humanos nos seus respectivos países, para consigo colaborarem no reforço da actividade da Comissão dos Direitos do Homem” – dados retirados do Manual sobre a criação e o reforço de instituições nacionais para promoção e protecção dos direitos humanos, Publicação da Nações Unidas, 1995.

²⁵⁶ Em 1978, a Comissão dos Direitos Humanos (hoje Conselho dos Direitos Humanos) aprovou, num seminário realizado em Genebra, um conjunto de directrizes onde se recomendava a atribuição, às instituições nacionais, das seguintes funções: (i) Servir de fonte de informação em matéria de direitos humanos para o Governo e a população do país; (ii) Contribuir para o esclarecimento da opinião pública e para a promoção da sensibilização e do respeito dos direitos humanos; (iii) Analisar quaisquer situações concretas que se possam verificar a nível nacional e que o Governo entenda por bem submeter à sua apreciação, deliberar e formular recomendações relativamente às mesmas; (iiii) Dar parecer sobre quaisquer questões relativas a direito humanos que lhes sejam apresentados pelo Governo; (iiiii) Estudar e acompanhar de perto o estado da legislação, jurisprudência e medidas administrativas para promoção dos direitos humanos, bem como elaborar e apresentar relatórios sobre tais matérias às autoridades competentes; (iiiii) Desempenhar quaisquer outras funções que o Governo decida atribuir-lhes e que se relacionem com as obrigações assumidas pelo Estado ao abrigo dos instrumentos internacionais na área dos direitos humanos. E quanto à sua estrutura: (i) Que na respectiva composição se vissem reflectidos os diversos sectores da sociedade; (ii) Que funcionassem regularmente; (iii) Que dispusessem de órgãos consultivos locais e regionais que as auxiliasse no desempenho das suas funções. Estas directrizes foram depois aprovadas pela Comissão de Direitos Humanos e pela Assembleia Geral. - Dados retirados do Manual sobre a criação e o reforço de instituições nacionais para promoção e protecção dos direitos humanos, Publicação da Nações Unidas, 1995, pág. 5 e 6.

partir dessa altura é que a sociedade internacional chegou a acordo sobre a melhor estrutura e os melhores mecanismos de funcionamento dessas instituições.

As instituições nacionais fazem parte de um complexo sistema desenvolvido, em vários níveis, para promoção e protecção dos direitos humanos. Tendo como base os princípios aprovados na Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos de 1993, em Viena, as Nações Unidas reconheceram que não deveria ser recomendado, como mecanismo de protecção adequado, um modelo único de instituição. Devendo cada país, de acordo com as suas tradições culturais, jurídicas e organização política, bem como da sua capacidade financeira, estabelecer as suas próprias instituições.

Elas têm um papel complementar, não substituem os organismos de direitos humanos das Nações Unidas, e, de facto, o seu reforço implica a ampliação da efectividade na aplicação das normas e a eficácia do sistema, nacional e internacional, de promoção e protecção dos direitos humanos²⁵⁷, dado que, uma instituição nacional cuja lei constitutiva a torna fraca ou ineficaz pode desenvolver a sua competência técnica, mas não conseguirá ultrapassar as suas insuficiências estruturais e promover os direitos humanos.

De natureza administrativa²⁵⁸, as instituições nacionais, nomeadamente, “*comissões de direitos humanos*”²⁵⁹ ou “*provedorias*”, são dotadas de competência consultiva permanente relativamente às questões de direitos humanos, quer nacionais quer internacionais. Através da formulação de pareceres e recomendações, da análise e resolução de queixas formuladas por particulares ou grupos, procuram desenvolver a promoção e protecção dos direitos humanos, a nível nacional, de modo a tornarem mais efectivas as normas internacionais.

²⁵⁷ Muito importante nesta área, são os princípios de Paris, que vieram aperfeiçoar e ampliar as directrizes de 1948. Uma instituição nacional deverá ter, entre outras, as seguintes responsabilidades: (i) Apresentar recomendações, propostas e relatórios sobre qualquer matéria relativa aos direitos humanos ao Governo, Parlamento ou qualquer outro organismo competente; (ii) Promover a conformidade das leis e práticas adoptadas a nível nacional com as normas internacionais de direitos humanos; (iii) Estimular a ratificação e aplicação das normas internacionais; (iiii) Contribuir para os processos de apresentação de relatórios ao abrigo dos instrumentos internacionais; (iiii) Auxiliar na formulação e execução dos programas de ensino e investigação no domínio dos direitos humanos e promover a sensibilização do público para as questões de direitos humanos através da informação e educação; (iiiiii) Cooperar com as Nações Unidas, instituições regionais e instituições nacionais de outros países.- Dados retirados do Manual sobre a criação e o reforço de instituições nacionais para promoção e protecção dos direitos humanos, Publicação da Nações Unidas, 1995, pág. 5 e 6.

²⁵⁸ “*No sentido de que não têm carácter judicial nem legislativo*” - ALTO COMISSARIADO DA NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS – *Instituições* ..., pág. 9.

²⁵⁹ “*Em geral, compostas por membros provenientes de diversos sectores, cada um dos quais com interesses, especializados ou experiências em determinadas áreas específicas dos direitos humanos*” (ALTO COMISSARIADO DA NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS – *Instituições* ..., pág. 10).

Algumas das críticas referentes à criação de instituições nacionais assentam no facto de que a existência de “*tais organismos não são a melhor forma de despender recursos escassos e que o poder judicial e um parlamento democraticamente eleito são suficientes para garantir que não ocorrem abusos em matéria de direitos humanos*”²⁶⁰.

Outro dos mecanismos importantes para uma efectiva implementação dos direitos humanos a nível nacional é a chamada *Educação Para os Direitos Humanos*. É através deste mecanismo que os Estados Partes conseguem aumentar a consciencialização sobre os direitos humanos. Ao abrigo desta ferramenta os Estados Partes devem informar o público sobre os direitos que lhes estão subjacentes e sobre os recursos postos à sua disposição para a reparação, em caso de violação. Para isso devem iniciar campanhas e programas de educação pública, tendo especial atenção aos grupos vulneráveis, sobre os direitos humanos.

Assim, verificamos que a implementação nacional dos direitos humanos depende, em grande medida, da vontade política dos Estados Parte em respeitar as normas. E, pode tornar-se numa tarefa difícil para os países em desenvolvimento, onde a escassez de recursos pode impor obstáculos desafiadores para atingir a conformidade com os direitos humanos, dentro de um prazo razoável.

Por exemplo, a implementação nacional do direito ao um julgamento justo e rápido pode exigir do Estado Parte um aumento de meios materiais e financeiros no sistema judiciário interno. Deste modo, a cooperação internacional, através do apoio à melhoria das condições que permitam a adopção de medidas normativas e institucionais compatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos torna-se necessária, para ajudar à adesão aos padrões internacionais dos países em desenvolvimento. E, mais ainda, quando se trata de Estados recém-saídos de conflitos militares internos.

A) *Justiça de transição*²⁶¹

Dado que os instrumentos internacionais de protecção dos direitos humanos colocam uma grande ênfase na obrigação dos Estados de prevenir futuras violações dos

²⁶⁰ ALTO COMISSARIADO DA NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS – *Instituições...*, pág. 60.

²⁶¹ Para um estudo mais aprofundado sobre as condicionantes dos mais variados processos de *justiça de transição* implementados no mundo *vide* Revista Anistia Política e Justiça de Transição. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B67064208-D044-437B-9F24-96E0B26CB372%7D>

direitos humanos, devendo fornecer protecção activa para os indivíduos no processo de implementação, através da construção, pelos Estados partes, de instituições que removam impedimentos para a realização dos direitos reconhecidos pelo Pacto, do desenvolvimento de garantias processuais e da definição de um contexto adequado para o gozo dos direitos reconhecidos, como se adequar a sociedades civis, saídas de conflitos internos, cuja experiência e tradição se situa no âmbito da violação sistemática dos direitos internacionalmente reconhecidos aos seres humanos? É neste âmbito que se situa a importância de desenvolver uma análise sobre o conjunto de mecanismos jurídicos e extrajurídicos, desenvolvidos no seio das Nações Unidas, usados para tratar do legado histórico da violência dos regimes autoritários e que se denomina *justiça de transição*.

A *justiça de transição* tem como objectivo principal estabelecer as condições para a reconstrução democrática das sociedades que passaram por conflitos militares internos. Ela tem como princípios: a reparação das vítimas; a responsabilização dos agentes perpetradores dos crimes de violações de direitos humanos; o chamado *Direito à verdade*; e a reforma das instituições que contribuíram para a promoção de tais violações, de modo que se tornem democráticas²⁶².

A *justiça de transição* refere-se a um conjunto de medidas judiciais e extrajudiciais que foram sendo implementadas por diferentes países, a fim de corrigir legados de maciças violações dos direitos humanos. Medidas²⁶³ que incluem processos criminais, comissões de verdade, programas de indemnizações e os mais variados géneros de reformas institucionais.

Ela refere-se a uma determinada abordagem com vista a alcançar a justiça em tempos de transição de uma fase de conflito ou de repressão para a paz fortalecendo a implementação de um Estado democrático de direito.

A sua importância reside no facto de as violações sistemáticas dos direitos humanos não só afectarem as vítimas directas mas também a sociedade²⁶⁴ como um

²⁶² ANNAN, Kofi. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório apresentado ao Conselho de Segurança da ONU em 23.08.04. In: *Revista da Anistia política e justiça de transição*, nº. 01, Jan.-Jul. de 2009, pág. 320 a 501.

²⁶³ Esta não é uma lista fechada. Têm havido países a adoptar outro tipo de medidas, como por exemplo o *Direito à memória*, de modo a manter viva a memória das vítimas.

²⁶⁴ Uma história de violações maciças, sem precedentes, causa divisões na sociedade e gera desconfiança entre os grupos e nas instituições do Estado. O que pode levar à recorrência cíclica da violência.

todo. Por isso há que sanear e garantir a não repetição de tais violações. Para tanto torna-se necessário que, com base nas experiências existentes por todo o mundo, os autores materiais das violações sejam devidamente responsabilizados, que se dêem espaço público às vozes das vítimas, de modo a prevenir novos abusos; que se renove as instâncias administrativas, saneando aquelas que perpetraram as violações, no sentido de se obter de novo confiança nelas; que se repare as vítimas.

Através dos processos de reparações os governos reconhecem e adoptam medidas que resolvam os danos sofridos, e frequentemente têm elementos materiais, como pagamento de indemnizações, e aspectos simbólicos, como pedidos de desculpas públicas.

Nos processos de reestruturação das sociedades pós-conflito (e a consequente implementação de uma sociedade democrática) tem sido entendido que é necessário proceder-se a uma reforma institucional, de modo a restaurar a confiança nas instituições públicas. Removendo-se das instituições estatais abusivas (como as forças armadas, a polícia e os tribunais) as pessoas responsáveis pelas violações, desmantelando as estruturas abusivas e prevenindo a recorrência a violações graves dos direitos humanos.

Mas, durante o processo de justiça de transição é importante o conhecimento de todas a barbáries cometidas. As comissões de verdade servem para dar (ou pelo menos têm esse objectivo) voz no espaço público e relatar sobre os padrões sistemáticos de abusos, recomendando mudanças.

No entanto, as experiências têm demonstrado a existência de várias lacunas em relação às estratégias subjacentes à implementação de uma sociedade democrática, com base no respeito pelos direitos humanos, em sociedades recém-saídas de conflitos internos.

No tocante à justiça²⁶⁵, tem sido demonstrado, quer nos processos em curso, quer nos processos a decorrer, ser de difícil implementação um sistema de justiça penal adequado, quando se trate de violações generalizadas e sistemáticas, que responsabilizem todos os agentes. Isto porque, muitas vezes este sistema é uma

²⁶⁵ Um outro problema, nesta área do julgamento dos agentes violadores de direitos humanos, se coloca em torno do julgamento das chamadas “crianças-soldado”. GOMES, Carla Marcelino – Filhos de um Deus Menor, as Crianças-Soldado, in *Revista da Brigada de Intervenção*, Dezembro de 2010, ano IV, n.º 5. Segundo esta autora “uma sociedade que julga as suas crianças como se fossem adultos, é uma sociedade que perdeu a alma”.

excepção e não a regra, nas sociedades em mutação, implicando a disponibilidades de “tempo” e de uma grande afectação de recursos materiais. Regularmente têm-se optado por amnistiar os perpetradores, de modo a (no mais rapidamente possível) enterrar o passado e começar de novo. Contudo, este modo de ver as coisas torna-se contraproducente, a impunidade corrói as bases de qualquer Estado de direito. Como conjugar a falta de meios para julgar os agentes violadores com a necessidade de se instaurar um Estado de Direito no mais rapidamente possível?

Para além disso, toda a reconstrução de uma sociedade ferida, com graves problemas sociais, económicos e políticos precisa de tempo e de meios financeiros e materiais para se erguer. Por muita ajuda externa que possa haver, se o processo não partir do interior das sociedades em reconstrução não há projecto que se desenvolva. Afinal quem é que sabe como reconstruir uma sociedade saída de um conflito interno? A *justiça de transição* mais não é que o resultado das mais variadas experiências aplicadas ao nível da implementação dos direitos humanos em sociedades pouco habituadas a protegê-los, a promovê-los e, pior, a gozá-los.

SUPERVISÃO E AS FALHAS EXISTENTES NA SUPERVISÃO. TRIBUNAIS INTERNACIONAIS VERSUS TRIBUNAIS NACIONAIS: DO DIÁLOGO À TENSÃO?

As numerosas convenções de direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas em conjunto com sistemas regionais na América e na Europa, levaram à criação de uma ampla gama de mecanismos de controlo de conformidade das implementações nacionais com as normas internacionais de protecção de direitos humanos.

Esta secção tem como objectivo analisar diferentes procedimentos, judiciais e extrajudiciais, que foram instituídos nos níveis universal e regional para monitorar o cumprimento dos tratados de direitos humanos, no quadro dos direitos civis e políticos.

Existem, no âmbito do presente estudo, quer ao nível global quer ao nível regional, dois tipos distintos de mecanismos de supervisão²⁶⁶:

- a) Os mecanismos de fiscalização que foram criados pelos respectivos instrumentos de protecção internacional dos direitos humanos e protocolos adicionais.

Ao nível universal, da ONU, estes mecanismos são frequentemente chamados "*órgãos dos tratados*", por exemplo, o Comité de Direitos Humanos. Ao nível regional temos o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

- b) E os mecanismos de fiscalização que têm por base a Constituição ou a Carta de um órgão intergovernamental de direitos humanos ou nas resoluções tomadas pela Assembleia Geral ou por um organismo representativo do órgão em questão²⁶⁷.

Sob a égide da ONU são denominados como "*mecanismos baseados na carta*", nos quais se incluem a Assembleia Geral (artigo 9.º e seguintes da Carta da das Nações Unidas); o Conselho de Direitos Humanos, criado através da resolução n.º 60/251, de 15 de Março, da Assembleia Geral das Nações Unidas; o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, criado pela

²⁶⁶ CHIPOCO, Carlos – La protección universal de los derechos humanos, una aproximación crítica, in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. 1, 1994, pág. 173.

²⁶⁷ Estes mecanismos, apesar de não constarem dos instrumentos em estudo, têm relevância uma vez que são um modo de supervisão complementar aos instituídos pelo PICDP. Abrangem a análise genérica de todos os instrumentos de direitos humanos aprovados no sistema de vocação universal e as suas resoluções ou comentários-gerais têm influência, enquanto fonte de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Resolução 48/141 da Assembleia Geral da Nações Unidas, em 1993; os Fundos Voluntários; o Conselho Económico e Social e as suas Comissões funcionais; e o Conselho de Segurança (artigos 23.º e seguintes da Carta da Nações Unidas); e o Tribunal Internacional de Justiça (artigos 92.º e seguintes da Carta da Nações Unidas).

Os vários procedimentos de monitorização fixados nos instrumentos internacionais em estudo²⁶⁸ podem ser divididos em três grupos principais: os procedimentos de apresentação de relatórios, comunicações interestaduais e comunicações individuais.

A maioria dos tratados de direitos humanos²⁶⁹ incluem um sistema de relatórios periódicos, em que os Estados parte obrigam-se a informar periodicamente o órgão de fiscalização sobre a implementação e execução ao nível doméstico²⁷⁰ e sobre “*os factores e dificuldades que afectem a execução das disposições do presente Pacto*”²⁷¹. Eles têm por função analisar os progressos atingidos na efectivação das obrigações assumidas pelos Estados ao abrigo daquele tratado específico.

O primeiro relatório é apresentado no prazo de um ano após a entrada em vigor do Pacto para os Estados Parte e, a partir daí, cada vez que o Comité o solicitar²⁷². O relatório é analisado pelo órgão competente para a fiscalização, juntamente com os representantes do Estado, que elabora “observações gerais” sobre aquele e pode, também, pedir mais informações ao Estado em causa. Recebendo ainda, informações adicionais a partir das fontes externas fornecidas por Organizações Não-Governamentais²⁷³ e agências das Nações Unidas.

²⁶⁸ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Político, Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Convenção Americana dos Direitos Humanos.

²⁶⁹ A título de exemplo: o artigo 16.º do PIDESC e ao nível regional o artigo 21.º da Carta Social Europeia, o artigo 19.º do Protocolo de San Salvador e no artigo 62.º da Carta Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, entre outros.

²⁷⁰ O n.º 1 do artigo 40.º do PIDCP estipula que os Estados Partes devem “*apresentar relatórios sobre as medidas que tenham adoptado para dar aplicação aos direitos reconhecidos pela Convenção e sobre os progressos realizados no gozo desses direitos*”. Por seu turno, o artigo 43.º da CADH estipula que “*Os Estados Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efectiva de qualquer de qualquer disposição desta Convenção*”, sem qualquer disposição sobre o procedimento.

²⁷¹ Segunda parte do parágrafo 2.º do artigo 40.º do PIDCP.

²⁷² Alíneas a) e b) do parágrafo 1.º do artigo 40.º do PIDCP.

²⁷³ Normalmente, as Organizações Não-Governamentais produzem e apresentam os chamados “*shadow reports*” que contradizem os relatórios oficiais no tocante ao cumprimento de tratados regionais e internacionais (BUKOVSKA, Barbara – Perpetrando o bem: as consequências não desejadas da defesa dos direitos humanos, in

O objectivo deste tipo de mecanismo é o de facilitar um *diálogo construtivo* entre o Estado e o órgão de fiscalização de modo a que o processo corra da melhor forma possível. Com base neste diálogo, os comités elaboram recomendações para o Estado em causa, que em sua forma escrita são referidos como "observações finais". Recomendações essas que não são vinculativas e sobre as quais os Estados podem apresentar comentários ao Comité²⁷⁴.

Da análise deste sistema de monitorização verificamos que tem apresentado alguns problemas, nomeadamente:

- 1) A diferente qualidade²⁷⁵ dos relatórios apresentados pelos Estados. Alguns relatórios são elaborados de modo a cumprir os requisitos mínimos de informação, enquanto outros carecem de credibilidade. Por norma, os relatórios reflectem o ponto de vista do respectivo Estado.
- 2) O atraso ou a falta de submissão de relatórios por parte dos Estados²⁷⁶. Alguns dos Estados Partes não dão muita importância ao sistema de relatórios, sendo que, um grande número de Estados Partes nem sequer apresenta os relatórios exigidos²⁷⁷. E, em geral, os instrumentos de direitos humanos não prevêm consequências para os Estados Partes no caso de incumprimento, ou de cumprimento defeituoso desta obrigação.
- 3) Assim, uma vez que o valor dos relatórios depende da profundidade da pesquisa que os sustenta, da clareza do seu conteúdo e dos prazos de produção e de entrega, um relatório deficiente tem como consequência uma reduzida qualidade da resolução tomada pelo órgão de controlo.
- 4) Para além disso, o grande número de relatórios, ao abrigo dos mais variados tratados, cria um ónus para os Estados Partes, especialmente para aqueles que

Sur-Revista Internacional de Direitos Humanos, Ano 5, n.º 9, São Paulo, Dezembro de 2008, pág. 8) Disponível em: <http://www.surjournal.org/index5.php>.

²⁷⁴ Parágrafo 5.º do artigo 40.º do PIDCP.

²⁷⁵ Em Julho de 1999, o Comité adoptou directrizes para a apresentação de relatórios, de modo a evitar este problema, vide documento das Nações Unidas CCPR/C/GUI, disponível em <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/reportguidelines-2001.html> e substitui o anterior Comentário-Geral n.º 2 de 1981.

²⁷⁶ Muitas vezes, os Comités responsáveis pela monitorização recebem informação sobre a situação dos direitos humanos num determinado Estado através de outras fontes, nomeadamente, através das Organizações Não-Governamentais, agências da Nações Unidas ou da imprensa.

²⁷⁷ No Relatório anual do Comité dos Direitos Humanos, de 13 de Setembro de 2013, referente ao período entre 30 de Março de 2012 e 30 de Março de 2013, encontramos a indicação de que pelo menos 40 Estados Parte têm um atraso de 5 anos na apresentação do seu relatório inicial ou periódico – vide *RELATÓRIO ANUAL*, I vol., pág. 5, disponível em http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=27,

estão em processo de desenvolvimento. E representa um desafio à capacidade de funcionamento dos órgãos de fiscalização²⁷⁸.

Outro dos mecanismos de supervisão previsto nos instrumentos em estudo é a chamada comunicação interestadual. Alguns instrumentos de direitos humanos permitem que os Estados Parte iniciem um procedimento de queixa contra outro Estado Parte por incumprimento das obrigações assumidas no âmbito desse instrumento²⁷⁹.

De acordo com o estabelecido no artigo 41.º PIDCP, *“Qualquer Estado Parte no presente Pacto pode, em virtude do presente artigo declarar, a todo o tempo que reconhece a competência do Comité para receber e apreciar comunicações nas quais um Estado Parte pretende que um outro Estado Parte resultantes do presente Pacto”*. E acrescenta que as *“comunicações apresentadas em virtude do presente artigo não podem ser recebidas e examinadas, a menos que emanem de um Estado Parte que fez uma declaração reconhecendo, no que diz respeito, a competência Comité”* ou *“O Comité não receberá nenhuma que interesse a um Estado Parte que não fez uma tal declaração”*. Da leitura deste artigo ressalta que a competência do Comité dos Direitos Humanos é facultativa e funciona com base no princípio da reciprocidade, a queixa implica o reconhecimento da competência do órgão de fiscalização quer por parte do Estado requerente, quer por parte do Estado requerido²⁸⁰.

Numa primeira fase, de natureza diplomática, o Estado Parte requerente dirige uma comunicação ao Estado Parte requerido, indicando a questão, devendo este no prazo de três meses responder²⁸¹. Se no prazo de seis meses o assunto não for resolvido de forma satisfatória para os dois Estados, qualquer um deles poderá submeter a questão ao Comité, seguindo-se o procedimento previsto nas alíneas c) a h) do parágrafo 1.º do artigo 41.^o²⁸².

²⁷⁸ No Relatório acima referido o Comité dos Direitos Humanos *“reitera a sua preocupação pela escassez dos recursos humanos necessários para prestar serviços (...) assim como para promover uma maior conscientização, uma maior compreensão e uma melhor aplicação das suas recomendações no âmbito nacional”* (pág. 19).

²⁷⁹ A possibilidade de um Estado-parte apresentar queixa contra outro Estado-parte é contemplado, *inter alia*, o artigo 41 do PIDCP; artigo 33.º da CEDH; artigo 45.º CADH, entre outros.

²⁸⁰ MARTINS, Ana Maria Guerra – *Direito Internacional...*, pág. 183.

²⁸¹ Alínea a) do parágrafo 1.º do artigo 41.º do PIDCP.

²⁸² MARTINS, Ana Maria Guerra – *Direito Internacional...*, pág..

No mesmo sentido do previsto pelo PIDCP, o artigo 45.º da CADH determina que *“todo o Estado Parte pode, nos momentos de depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue haver outro Estado Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos”*, sendo que, as tais declarações *“podem ser feitas para que esta vigore por tempo indefinido, por período determinado ou para casos específicos”*²⁸³. E, *“as comunicações feitas em virtude deste artigo só podem ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado Parte que tenha feito uma declaração que reconheça a referida competência da Comissão”*, sendo apenas aceites as comunicações que forem efectuadas *“contra um Estado Parte que não tenha feito declaração”*²⁸⁴.

De referir que, quer aos requisitos de admissibilidade de comunicações feitas nos termos do artigo 45.º da CADH, quer às regras aplicáveis ao processo de análise, aplicam-se os artigos 46.º e seguintes da CADH e são os mesmos que se encontram estabelecidos para a análise das petições individuais.

Ao nível regional europeu, o artigo 33.º da CEDH estipula que *“qualquer Alta Parte Contratante pode submeter ao Tribunal qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outra Alta Parte Contratante”*. Contrariamente ao sistema protagonizado pelo PIDCP e pela CADH, a CEDH não exige a declaração de aceitação da sua competência.

A realidade internacional tem, porém, revelado que os mecanismos de comunicações interestaduais raramente são utilizados, dado se tratar de assuntos melindrosos que podem provocar rupturas nas relações entre estados bem como represálias. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pronunciou-se, ao abrigo deste mecanismo, por três vezes: Irlanda v. O Reino Unido (1978); Dinamarca v. Turquia (2000) e Chipre v. Turquia (2001).

O terceiro mecanismo previsto nos instrumentos em estudo é o das comunicações ou petições individuais, consoante se trate do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos ou da Convenção Americana dos Direitos Humanos e Convenção Europeia

²⁸³ Paragrafo 3.º do artigo 45.º da CADH.

²⁸⁴ Primeira e segunda parte do parágrafo 2.º do artigo 45.º da CADH.

dos Direitos do Homem. O direito de petição individual, através do qual o indivíduo pode ter acesso directo à justiça internacional, é uma das grandes conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁸⁵.

Ora, na realidade, de todos os mecanismos de protecção internacional dos direitos humanos previstos nos instrumentos em estudo é (ao atribuir a iniciativa ao indivíduo), ao contrário dos outros mecanismos – relatórios e investigações, o mais dinâmico e o que melhor reflecte a especificidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos face ao Direito Internacional Público clássico²⁸⁶.

Ao abrigo do primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP, “*os Estados reconhecem que o Comité tem competência para receber e examinar comunicações provenientes de particulares sujeitos à sua jurisdição que aleguem ser vítimas de uma violação, por esses Estados Partes, de qualquer dos direitos enunciados no Pacto*”²⁸⁷.

Por seu turno, o artigo 34.º da CEDH determina que “*o Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não-governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou dos seus protocolos*”.

Finalmente, o artigo 44.º da CADH estabelece que “*qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados Membros da Organização pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação por um Estado Parte*”.

Da análise destes três dispositivos, verifica-se que:

²⁸⁵ “A realização do antigo ideal da justiça em nível internacional vem se revitalizando nos últimos anos com a operação dos múltiplos tribunais internacionais contemporâneos. Um dos aspectos mais importantes desta luta reside na afirmação e reconhecimento da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do indivíduo, para vindicar os direitos que lhe são inerentes como ser humano, inclusive vis-a-vis seu próprio Estado” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – Os tribunais internacionais contemporâneos e a Busca da Realização do ideal de justiça internacional, in: *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, n.º 57, Jul/Dez 2010, pág. 38).

²⁸⁶ É importante referir, como Cançado Trindade diz, que muitas das vezes é o acesso das vítimas e suas famílias a instâncias internacionais que permite a justiça nos casos concretos, reduzindo os “direitos consagrados nos tratados regionais de direitos humanos a pouco mais de letra morta” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – Os tribunais internacionais..., pág. 38).

²⁸⁷ Artigo 1.º do primeiro protocolo adicional do PIDCP.

- Somente o primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP não permite a organizações não-governamentais ou a grupos de pessoas, como associações, a apresentação de comunicações individuais²⁸⁸;
- Os três instrumentos determinam que a competência da entidade é obrigatória, do Comité no caso de violação do PIDCP, da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos²⁸⁹ no caso de violação da CADH e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso de violação da CEDH.

Para que um indivíduo, ou grupo de indivíduos, possa apresentar uma petição/comunicação ao abrigo de um dos instrumentos referidos devem ser preenchidos os seguintes requisitos: a) Ratificação do instrumento pelo Estado violador; b) A violação deve referir-se a um dos direitos plasmados pelo tratado em causa; c) O processo perante a instância competente só pode ser iniciado após o esgotamento de todos os recursos internos²⁹⁰; d) a ausência de vícios formais; e e) que a queixa não esteja pendente noutra instância internacional²⁹¹. Acrescentando-se, ainda, no caso da CADH e da CEDH o seguinte: a) que a petição/comunicação seja apresentada no prazo de seis meses após a notificação da decisão definitiva. E, no caso da CEDH, a exigência de o autor da queixa ter sofrido um prejuízo significativo²⁹².

As comunicações individuais que são apresentadas ao abrigo do primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP (e que contenham os elementos necessários) são

²⁸⁸ A comunicação só pode ser apresentada pelo particular, pelo seu representante ou por uma terceira pessoa, desde que esteja autorizada a agir em nome da vítima. Vítima é, segundo o disposto no artigo 2.º do primeiro Protocolo Facultativo, aquele que se considera “*pessoal e efectivamente vítima pessoal de uma violação de um dos direitos enunciados no Pacto e ter um interesse pessoal em agir*”. (MARTINS, Ana Maria Guerra – *Direito Internacional...*, pág. 184).

²⁸⁹ A competência do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos é voluntária. Nos termos do artigo 62.º do CADH, “*todo o Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior declarar que reconhece como obrigatória de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção*.” (parágrafo 1.º).

²⁹⁰ Artigos 2.º do primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP, n.º 1 do artigo 35.º da CEDH e alínea a) do parágrafo 1.º do artigo 46.º da CADH. A não ser que “*os processos excedam prazos razoáveis ou seja pouco provável que venham a ressarcir a vítima pelo dano sofrido*” (TAVARES, Raquel – *Direitos Humanos...*, pág.85). “*A condição de esgotamento dos meios internos considera-se preenchida se o Estado não junta elementos de prova, que atestem que não foram utilizados meios eficazes, ou se o uso desses meios impõem prazos desrazoáveis, a menos que esses prazos se devam ao próprio interessado*” (MARTINS, Ana Guerra – *Direito Internacional...*, pág. 186).

²⁹¹ N.º 2 do artigo 5.º do primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP; artigo 35.º da CEDH e artigo 44.º da CADH. “*Por «mesma questão» deve entender-se o mesmo pedido, que diz respeito ao mesmo indivíduo, levado a conhecimento do Comité por ele, ou por alguém em seu nome, e perante uma outra instância internacional*” (*idem*).

²⁹² Alínea b) do n.º 3 do artigo 35.º, na nova redacção.

encaminhadas para o Relator Especial do Comité sobre Novas Comunicações, que decide se o caso deve ser registado e emite as instruções que considere pertinentes²⁹³, seguindo-se os trâmites previstos nos artigos 2.º a 5.º do primeiro Protocolo Facultativo.

O processo desenrolado no Comité caracteriza-se pela confidencialidade e pelo contraditório, devendo as comunicações individuais ser transmitidas aos Estados e devendo o indivíduo poder comunicar-se com o Comité sem interferência do Estado²⁹⁴.

Após analisar a questão de fundo, o Comité emite um parecer, no qual se pronuncia se houve ou não violação a um ou mais direitos consagrados no PIDCP, comunicando ao Estado Parte e ao particular o teor da sua decisão²⁹⁵. Fornecendo muitas vezes informação, ao Estado Parte, ao abrigo do parágrafo 3 do artigo 2.º do PIDCP, sobre as medidas adequadas a adoptar para se conformarem com o Pacto.

Uma vez que os pareceres do Comité não têm força jurídica vinculativa, a questão que se levanta é a de saber o que fazer quando um Estado Parte se abstém de adoptar medidas adequadas. Neste caso o processo será encaminhado para o membro do Comité responsável pelo seguimento dos pareceres, discutindo com o Estado Parte as medidas tomadas²⁹⁶.

Outro dos problemas verificados neste mecanismo de protecção é o hiato de tempo que separa o momento da queixa e o momento da decisão final, que no caso de a situação não ser considerada *circunstância de especial urgência*, pode durar anos²⁹⁷.

No sistema regional europeu, recebida a queixa, o juiz singular do TEDH declara a sua inadmissibilidade ou a manda arquivar²⁹⁸, caso essa “*decisão possa ser tomada sem posterior apreciação*”, ou a transmite a um comité de três juízes ou a uma secção de sete juízes para a devida apreciação, seguindo-se os trâmites prescritos nos artigos 28.º e seguintes da CEDH.

²⁹³ NAÇÕES UNIDAS – *Direitos Humanos, procedimentos de queixa*, ficha informativa n.º 7, revista 1, 2008, pág. 17.

²⁹⁴ MARTINS, Ana Guerra – *Direito Internacional...*, pág. 185.

²⁹⁵ N.º 4 do artigo 5.º do primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP.

²⁹⁶ NAÇÕES UNIDAS – *Direitos Humanos ...*, pág. 20.

²⁹⁷ NAÇÕES UNIDAS – *Direitos Humanos ...*, pág. 19.

²⁹⁸ N.º 1 do artigo 27.º da CEDH, na nova redacção dada pelo Protocolo n.º 14.

Os acórdãos do TEDH têm autoridade de caso julgado e, de acordo com o n.º 1 do artigo 46.º da CEDH²⁹⁹, são definitivos, mas não de imediato, devido à possibilidade de ser remetido para o Tribunal Pleno.

O acórdão é comunicado ao Comité de Ministros, que “*velará pela sua execução*”³⁰⁰. Caso o Estado condenado não cumpra o acórdão, e dado que este não tem autoridade *erga omnes* e podendo não valer como título executivo no território daqueles³⁰¹, o Comité de Ministros, ao abrigo do n.º 4, do citado artigo, “*poderá, após notificação dessa Parte e por decisão tomada por maioria de dois terços dos seus titulares, submeter à apreciação do Tribunal a questão sobre o incumprimento, por essa Parte, da sua obrigação em conformidade com o n.º 1*”.

E se o Estado incumpridor for condenado a cumprir a primeira decisão e continuar a não cumprir?³⁰² Neste momento está na calha uma situação que vai pôr à prova esta disposição. Estamos a falar do *caso Inês del Rio Prada v. Espanha*, em que a Espanha foi condenada a pagar uma indemnização e se recusa expressamente a cumprir tal acórdão. Sendo que, teremos sempre de ter em atenção que, ao abrigo do disposto nos artigos 3.º a 8.º do Estatuto do Conselho da Europa, o Estado faltoso pode ser convidado a sair de tal órgão.

Por seu turno, o sistema regional interamericano de protecção e monitoramento foi concebido com uma estrutura bicéfala, dois órgãos supervisionam, de modo distinto mas complementar: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos.

Neste sistema a Convenção Americana dos Direitos Humanos confere à Comissão Interamericana³⁰³ de Direitos Humanos ampla competência processual para receber denúncias ou queixas de violações da própria convenção por um Estado parte.

²⁹⁹ Segundo este artigo, na redacção dada pelo Protocolo n.º 14, “*as Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem Partes*”.

³⁰⁰ N.º 2 do artigo 46.º da CEDH.

³⁰¹ Uma vez que “*O TEDH considera que os seus acórdãos deixam aos Estados Partes a escolha dos meios para se conformar com as obrigações impostas pelos acórdãos*.” (MARTINS, Ana Guerra – *Direito Internacional...*, pág. 264).

³⁰² Sobre a evolução relativa ao controlo da execução dos acórdãos do TEDH, vide FLAUSS, Jean-François – *L’effectivité des arrêts de la Cour Européenne des droits de l’homme: du politique au juridique ou vice-versa*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l’homme*, n.º 77, Jan. 2009, páginas 27 a 72. Para este autor, a evolução estrutural do sistema levou a que o poder político cedesse terreno ao jurídico, ou pelo menos assim aparenta.

³⁰³ Esta, também, é um órgão da Organização dos Estados Americanos, ao contrário do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, que é um órgão exclusivo da Convenção. É, também, pelas funções que lhe são atribuídas pela CADH, um órgão processual.

Esta tem em conta (no exercício das suas funções) os dispositivos da Convenção Americana dos Direitos Humanos, nos casos de violações desta pelos estados que ratificaram o mencionado instrumento³⁰⁴.

Admitida a queixa, o processo segue os trâmites fixados nos artigos 48.º e seguintes:

- Solicitação de informações ao Estado apontado como responsável (alínea a) do artigo 48.º).
- Recebidas as informações ou decorrido o prazo sem que estas sejam recebidas, procede à verificação se existem ou subsistem os motivos da petição, em caso negativo manda arquivar (alínea b) do artigo 48.º).
- Declara a inadmissibilidade ou a improcedência da petição com base em informação ou prova superveniente (alínea c) do artigo 48.º).
- Exame do assunto exposto na petição (com o conhecimento das partes e caso aquela não tenha sido arquivada) sendo a mesma registada como caso (alínea d) do artigo 48.º).
- Poderá, nesta fase, pedir informações pertinentes e receberá, caso lhe seja solicitado, as exposições verbais e escritas das partes interessadas, pondo-se à disposição destas para uma solução amistosa (alíneas e) e f) do artigo 48.º).
- Em casos graves e urgentes, pode realizar, com o consentimento do Estado apontado como violador, uma investigação, somente com a admissibilidade da petição apresentada (parágrafo 2.º do artigo 48.º).
- Caso se chegue a uma solução amistosa a Comissão redigirá um acordo que será encaminhado às partes e posteriormente transmitido ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos para publicação (artigo 49.º).
- Caso não se chegue a uma solução amistosa, a Comissão elabora um relatório, onde poderá formular proposições e recomendação, transmitido ao Estado faltoso (artigo 50.º).
- Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados, o assunto não estiver solucionado ou não tiver existido remessa para o Tribunal

³⁰⁴ À exceção das violações cometidas pelos Estados Unidos. Neste caso, a Comissão tem em atenção as normas constantes da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Interamericano dos Direitos Humanos pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando a sua competência, dar-se-á início à fase denominada de *segundo informe*³⁰⁵, no decorrer da qual a comissão poderá emitir, por voto da maioria absoluta dos seus membros, a sua opinião e conclusões sobre a questão e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve adoptar as medidas necessárias a remediar a situação (parágrafos 1 e 2 do artigo 51.º).

- Passado esse prazo a Comissão, por voto da maioria absoluta dos seus membros, decidirá se o Estado adoptou ou não as medidas adequadas e se publica o seu relatório (parágrafo 3.º do artigo 50.º).
- Na eventualidade de o caso ter sido submetido ao Tribunal pela Comissão ou pelo Estado interessado, em virtude de ao abrigo do artigo 62.º, ter declarado reconhecer-lhe competência, este decide.
- Caso decida no sentido de ter havido violação de um direito garantido pela CADH, determinará que se assegure ao prejudicado gozo do seu direito, bem como, se for procedente, a reparação das consequências da medida ou da situação que haja configurado violação desses direitos, bem como o pagamento de indemnização (artigo 63.º)

No exercício da sua competência contenciosa³⁰⁶, o Tribunal Interamericano do Direitos Humanos profere sentenças, definitivas e inapeláveis. Segundo o n.º 1 do artigo 68.º da CADH³⁰⁷, as sentenças têm eficácia imediata na ordem jurídica interna, devendo ser cumpridas no plano interno pelas autoridades do Estado condenado.³⁰⁸ Em caso de incumprimento das suas sentenças, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, de acordo com o previsto no artigo 65.º, deve informar a Assembleia-Geral da organização sobre “*os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento às suas sentenças*”. Mas, na prática, até à data, a Assembleia-Geral nada tem feito a fim de exigir o cumprimento das sentenças de reparação ou ressarcimento, por parte dos Estados condenados.

³⁰⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira – *Curso de Direito...*, pág. 903. Só acontece quando o Estado não declarou que aceitava a competência do Tribunal.

³⁰⁶ Ao abrigo do artigo 64.º, o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos tem competência consultiva.

³⁰⁷ O n.º 2 do artigo 68.º da CADH atribui força de título executivo nas ordens jurídicas internas às sentenças do Tribunal que determinem uma compensação indemnizatória. (ROCHA, Armando – *O Contencioso...*, pág. 157).

³⁰⁸ O artigo 68.º da C.A plasma um princípio de eficácia imediata, na esfera jurídica dos Estados condenados a sentenças.

Da análise deste mecanismo de monitorização, parece-nos que somente com a adopção de um Protocolo adicional à Convenção Americana - à semelhança dos Protocolos 11 e 14 à CEDH (que eliminam qualquer intermediação entre o indivíduo e o tribunal³⁰⁹) - passará o sistema americano de protecção dos direitos humanos a contar com um real mecanismo de consagração internacional do indivíduo.

Para além dos problemas levantados anteriormente, os sistemas de monitorização previstos nos tratados, apresentam outros, que reduzem de uma forma ou de outra a efectividade dos seus preceitos, principalmente das normas que consagram o direito de petição individual. Estamos a referir-nos, em primeiro lugar, à não ratificação do tratado que institui esse mecanismo por um grande número de países³¹⁰; ou ao não reconhecimento³¹¹ da competência do respectivo órgão previsto no tratado, quando exigida.

E, em segundo lugar, ao facto de uma série de mecanismos estabelecidos nos tratados, como o mecanismo de denúncia individual, serem vítimas do seu próprio sucesso - o elevado número de queixas individuais apresentadas perante o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, com consequências no atraso nos processos de decisão, é um exemplo do afirmado³¹².

Noutros casos, os procedimentos para comunicações individuais são insuficientes e carecem de recursos e ao nível da Nações Unidas, sendo que, a grande falha do procedimento de comunicações individuais, dado o carácter não jurisdicional de controlo, é a ausência de sentenças com efeitos executivos.

Para além dos mecanismos de monitorização dos direitos humanos descritos, existem outros, cuja legitimidade decorre, ao nível universal, da Carta das Nações Unidas. São eles: a Assembleia Geral; o Conselho de Direitos Humanos; o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos; os Fundos Voluntários; o

³⁰⁹ Apesar de o artigo 25.º (do Regulamento Do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos) permitir que as supostas vítimas - ou seus representantes - apresentem, de forma autónoma, as suas petições escritas, argumentos e provas, continuando a actuar em todo o processo.

³¹⁰ Dos 167 Estados que ratificaram o PIDCP somente 114 ratificaram o 1.º Protocolo Facultativo e 75 o 2.º Protocolo. Dados retirados do Relatório Anual do Comité dos Direitos Humanos, de 13 de Setembro de 2013.

³¹¹ Dos 35 Estados pertencentes à Organização dos Estados Americanos só 21 reconheceram a competência do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos (dados retirados do Relatório Anual de 2012, de tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, disponível em http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/por/por_2012.pdf).

³¹² Em 31 de Dezembro de 2013 estavam pendentes, no TEDH, 99.900 pedidos (dados retirados do relatório estatístico do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2013_ENG.pdf).

Conselho Económico e Social e as suas comissões funcionais; o Conselho de Segurança; o Tribunal Internacional de Justiça e os Fundos e Programas Autónomos.

A Assembleia Geral é um órgão intergovernamental constituído por todos os Estados membros das Nações Unidas³¹³. Funciona em sessões anuais ordinárias e em sessões extraordinárias, em Plenário, podendo criar órgãos subsidiários³¹⁴. No âmbito da monitorização dos direitos humanos, aprova anualmente numerosas decisões e recomendações sobre questões e situações de protecção destes³¹⁵.

Criado ao abrigo da Resolução 60/2513 da Assembleia Geral das Nações Unidas, o Conselho de Direitos Humanos, para substituir a Comissão de Direitos Humanos [cujá credibilidade estaria em causa devido às acusações, por Organizações Não-Governamentais e Estados, de selectividade e excessiva politização na questão do combate às violações de direitos humanos], é considerado o principal órgão internacional de promoção e protecção dos direitos humanos, no seio da Organização das Nações Unidas.

É composto por quarenta e sete Estados membros, eleitos pela Assembleia Geral por períodos de três anos, respeitando a seguinte representação geográfica: treze estados africanos, treze asiáticos, oito da América Latina e Caribe, seis da Europa do Leste e sete da Europa Ocidental e outros países³¹⁶.

Com sede em Genebra, o CDH deve realizar (ao menos) três sessões ordinárias por ano tendo a possibilidade de convocar seus membros para sessões especiais sempre que necessário³¹⁷.

Para auxiliar ao desempenho das suas funções, o Conselho de Direitos Humanos criou mecanismos subsidiários: os procedimentos especiais, o Comité Consultivo, o

³¹³ Artigo 9.º da Carta das Nações Unidas.

³¹⁴ Artigos 20.º e 22.º da Carta das Nações Unidas.

³¹⁵ Ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 13.º da Carta das Nações Unidas, a Assembleia Geral promoverá estudos e recomendações com o objectivo de “*fomentar a cooperação internacional no domínio económico, social, cultural, educacional e da saúde e favorecer o pleno gozo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*”.

³¹⁶ NADER, Lúcia - O Papel das ONGs no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, in *Revista Sur-Revista Internacional de Direitos Humanos*, n.º 7, ano 4, 2007, pág. 7, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n7/a02v4n7.pdf>.

³¹⁷ Idem.

mecanismo de Revisão Periódica Universal, um procedimento de queixa e diversos grupos de trabalho e outros grupos de mecanismos³¹⁸.

Os procedimentos especiais são mandatos e definidos pelas resoluções que os instituíram, exercidos por relatores e representantes especiais, especialistas independentes e grupos de trabalho que examinam, monitorizam e elaboram relatórios sobre a situação dos direitos humanos: em determinados países (relatores especiais por país) ou com relação a temas específicos (mandatos especiais temáticos); e têm jurisdição sobre todos os Estados membros das Nações Unidas, independentemente de serem ou não parte em determinado tratado³¹⁹.

O Comité Consultivo é um órgão composto por dezoito peritos independentes que efectuem pesquisas e estudos a pedido do Conselho de Direitos Humanos. Tem como funções dar apoio ao Conselho de Direitos Humanos³²⁰, substituindo a antiga Subcomissão de Direitos Humanos (Subcomissão).

Por resolução da Assembleia Geral (60/25134)³²¹, os Estados membros das Nações Unidas passarão periodicamente por um processo de revisão, averiguando-se o cumprimento das obrigações e compromissos internacionais na área dos direitos humanos. A este mecanismo deu-se o nome de Mecanismo de Revisão Universal. É considerado o instrumento mais inovador do Conselho dos Direitos Humanos, uma vez que se aplica a todos os Estados membros das Nações Unidas³²².

Para além destes mecanismos o Conselho tem vindo a criar outros mecanismos e grupos de trabalho como por exemplo, os grupos de trabalho que negociam novos instrumentos internacionais.

Desde que foi criado, em 2007, o Conselho de Direitos Humanos tem trabalhado no sentido de um controlo mais efectivo no que toca aos Direitos Humanos. Contudo, *“mantêm-se os sinais de excessiva politização e prevalência de interesse que não a promoção e protecção dos direitos humanos na definição dos posicionamentos dos países”*³²³.

³¹⁸ TAVARES, Raquel – *Direitos Humanos...* pág. 75.

³¹⁹ Idem.

³²⁰ TAVARES, Raquel – *Direitos Humanos...* pág. 78.

³²¹ Assembleia Geral, Conselho de Direitos Humanos, Resolução A/RES/60/251, 3 de Abril de 2006, parágrafo 5.

³²² NADER, Lúcia - O Papel das ONGs..., pág. 16.

³²³ NADER, Lúcia - O Papel das ONGs..., pág. 8.

Existe, ainda, na orgânica das Nações Unidas, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Este representa uma unidade do Secretariado das Nações Unidas, criada pela Resolução n.º 48/141 da Assembleia Geral, na sequência da Conferência de Viena e é dirigido pelo Secretário-Geral do Alto-Comissário das Nações Unidas para os Direitos humanos. Tem como funções integrar os direitos humanos no sistema das Nações Unidas, desenvolvendo “*parcerias e programas de cooperação técnica entre os governos, agentes da sociedade civil e outras entidades nacionais e internacionais*”³²⁴, competindo-lhe, para tal, prestar apoio e secretariar os organismos de direitos humanos das Nações Unidas.

E ainda, os Fundos Voluntários para apoio à protecção e promoção dos direitos humanos, o Conselho Económico e Social e as suas comissões funcionais (ECOSOC), o Conselho de Segurança, cuja principal função é a manutenção da paz e segurança, o Tribunal Internacional de Justiça e Fundos e Programas Autónomos.

Os procedimentos baseados na Carta das Nações apresentam, igualmente, dificuldades:

- A grande demora na análise das violações. Alguns desses órgãos, dado o carácter politizado que têm, não são desenhados para responder a situações que exigem acções urgentes.
- Outras vezes, verifica-se que a ferramenta mais utilizada, a “*mobilização da vergonha*”, não é eficaz perante graves violações de direitos humanos perpetuados por determinados Estados.

Da análise da panóplia de meios de supervisão existente, verificamos que, sendo propósito dos vários mecanismos de fiscalização o combate às violações perpetuadas e a promoção dos direitos humanos, o ideal seria que tais mecanismos funcionassem eficazmente, com relevo na efectividade nas normas internacionais de protecção do ser humano.

Poder-se-á, neste âmbito, defender que uma maior centralização poderia melhorar a supervisão; no entanto, tal não nos parece viável neste momento, dada a diversidade de obrigações de direitos humanos e de instituições encarregues de monitorizar a sua

³²⁴ TAVARES, Raquel – *Direitos Humanos...* pág. 79

implementação. Para além disso, os mecanismos de supervisão são produto de específicos processos de decisão, sendo que, qualquer melhoria nos sistemas de supervisão requereria o apoio dos Estados, que na maioria das vezes se mostram relutantes em estimular uma análise rigorosa dos seus registos de direitos humanos.

Dentro deste circunstancialismo, as Organizações Não-Governamentais e a sociedade civil têm sido cruciais no reforço dos mecanismos de supervisão dos direitos humanos.

a) Tribunais Internacionais Versus Tribunais Nacionais: do diálogo à tensão?

A pessoa humana e os direitos humanos, em geral, têm diversas formas de protecção, desenvolvida quer no âmbito doméstico, através dos meios legais nacionais postos à disposição, quer no âmbito internacional, tanto por meio do sistema universal como dos sistemas regionais.

Partindo-se do pressuposto de que os procedimentos internacionais são subsidiários dos procedimentos jurídicos nacionais para protecção dos direitos humanos, durante algum tempo falou-se na existência de diálogo entre os tribunais nacionais e os tribunais internacionais, a ponto de por vezes os primeiros fundamentarem as suas decisões com base em jurisprudência dos segundos.

No entanto, tem surgido (a nível regional e com destaque no sistema interamericano³²⁵) alguns picos de conflitualidade³²⁶, assente no facto de o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos entender que não basta o dever dos Estados Partes adaptarem os seus ordenamentos jurídicos às normas jurídicas plasmadas na CADH, os tribunais judiciais nacionais têm, igualmente, o dever de verificar a compatibilidade entre as normas jurídicas internas do Estado com a Convenção Americana. Sendo que, a autonomia dos Estados Partes bem como dos seus juízes está

³²⁵ Apesar de ser este o tribunal internacional onde se tem encontrado um maior número de casos conflituantes, parece que no âmbito do sistema regional europeu também começam a aparecer esses picos. Senão vide o *Caso Inês Del Rio Prada v. Espanha*, onde a Espanha foi condenada a indemnizar a peticionante em 30 mil euros e em Dezembro de 2013 informou o Conselho Europeu que não vai cumprir essa decisão. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112108#{"itemid":\["001-112108"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112108#{). Ainda vai correr muita tinta sobre este caso.

³²⁶ HUNEEUS, Alexandra - *Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights*, disponível em <http://www.lawschool.cornell.edu/research/ilj/upload/huneeus-final.pdf>.

sempre, na opinião daquele Tribunal, condicionada à jurisprudência deste. Devendo o Estado revogar qualquer legislação que demonstre contrária à Convenção³²⁷.

Um dos muitos exemplos disto é o caso *Gomes Lund e outros* (“*Guerrilha de Araguaia*”) v. *Brasil*, no qual o Tribunal Interamericano condenou o Brasil ao pagamento de indenizações às famílias das vítimas das violações e ainda, declarou a incompatibilidade da Lei da Amnistia brasileira com as disposições da Convenção, concluindo que o Brasil violou a obrigação de adequação de suas normas internas com esta.

Estava em causa a Lei Federal 6683/1979, mais conhecida como a Lei da Amnistia, que criava um mecanismo jurídico que evitava a realização de investigação e condenação daqueles que, durante o período entre 1964 e 1985, prenderam arbitrariamente, torturavam e procederam ao desaparecimento forçado de setenta pessoas, pertencentes ao movimento guerrilheiro “Guerrilha de Araguaia”. E que, sujeita ao escrutínio do Supremo Tribunal Federal brasileiro, foi considerada válida por ter sido validamente aprovada (de acordo com os preceitos constitucionais brasileiros), apesar de terem sido apresentados argumentos sobre o entendimento do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos em relação a leis de amnistia aprovadas em outros países sul-americanos signatários da CADH³²⁸.

A decisão do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos ao declarar sem efeito a Lei da Amnistia tem, segundo Luiz Conci, efeitos *erga omnes* e vinculantes para o Supremo Tribunal Federal brasileiro, dado que o juiz nacional, enquanto funcionário do Estado Parte, não poderá vir desrespeitar as decisões do primeiro, sob pena de responsabilidade por violação das obrigações internacionalmente assumidas, ao abrigo da CADH³²⁹.

Sobre esta questão, parece-nos que manter a coordenação e o diálogo entre tribunais internacionais e nacionais é salutar para a consolidação do sistema de protecção dos direitos humanos. Mas se, em última análise, o que realmente importa é a realização dos direitos humanos então, porque não defender (algum) activismo judicial

³²⁷ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro – Decisões Conflitantes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: vinculação ou desprezo, in *Estudo de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coordenação Marcelo Rebelo de Sousa, Coimbra Editora, 2012. - 5.v: Direito internacional e direito da União Europeia: direito internacional privado e direito marítimo: direito financeiro e direito fiscal, pág. 317 e 318.

³²⁸ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro – Decisões Conflitantes..., pág. 320.

³²⁹ Idem.

dos tribunais internacionais, quando os tribunais nacionais falham na protecção imediata do ser humano?

O PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS NA EFECTIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Não existe, hoje, a menor dúvida de que as Organizações Não-Governamentais desempenham um importante papel em campos importantes do Direito Internacional dos Direitos Humanos que vai desde a elaboração de tratados até à implementação das normas, passando pelo suporte das vítimas de abusos nos tribunais internacionais³³⁰.

Porque o direito não adquire a efectividade das suas normas somente através da acção do legislador ou do juiz (mas também pela sua incorporação a nível social), o papel das Organizações Não-Governamentais torna-se mais importante. É a sociedade civil a chamar á colação o dever de “fazer valer” os seus direitos e liberdades. É a incorporação do *sentimento* da responsabilidade social, na defesa e voz daqueles seres humanos que por repressão ou desconhecimento são vítimas das mais barbáries violações do mínimo a que têm direito.

As Organizações Não-Governamentais têm tido um papel muito importante, quer na promoção quer na defesa dos direitos humanos. Elas denunciam as violações mais atrozes perpetuadas pelos estados, promovem a *educação para os direitos humanos*, dão a conhecer às populações com maiores problemas os direitos que lhe são inerentes, e, muitas vezes, em nome das vítimas intentam acções nos tribunais internacionais dos direitos do homem. Inclusive, graças à sua acção, muitos direitos têm sido “redefinidos”³³¹, num constante processo evolutivo. Elas substituem muitas vezes os Estado e as Organizações Internacionais na defesa do direito à dignidade humana³³².

Muitas das situações de catástrofes ambientais, abusos de poder estatal no tratamento de prisioneiros, ajuda alimentar e medicamentosa e outras situações para as

³³⁰ “...existem hoje dezenas, se não mesmo centenas, de ONG’s vocacionadas para a protecção dos direitos humanos, de natureza civil e política e de natureza económica, social e cultural. Umas assumem uma vocação global, ao passo que outras têm um domínio de actuação regional ou nacional.” (MACHADO, Jonatas – *Direito Internacional, do paradigma clássico ao 11 de Setembro*, Coimbra Editora, 4.ª edição, 2013, pág. 445).

³³¹ “Em muitos casos, a elas se fica a dever a aprovação e ratificação de convenções internacionais de direitos humanos” (idem).

³³² Os instrumentos mais comuns e efectivos utilizados pelas Organizações Não-Governamentais são: a documentação de violações verificadas através das acções de investigação e a publicação de relatórios sobre tais violações; a actuação e luta pelo reconhecimento das suas causas e encaminhamento de casos individuais de violação de direitos humanos para os tribunais nacionais e internacionais (BUKOVSKÁ, Barbora – *Perpetrando o bem...*, pág. 9 e 10). Apesar dos aspectos positivos, esta autora, neste estudo que faz sobre acção das Organizações Não-Governamentais, apresenta as mais variadas críticas, nomeadamente: à maneira como retractam a vítima, perpetuando a vitimização; ao modo pelo qual os dados dos relatórios são obtidos; e à imposição de certas interpretações sobre situações, suprimindo as vozes das vítimas.

quais a única resposta é a acção internacional, dependem e muito da actividade das Organizações Não-Governamentais, mais do que qualquer outra forma de colaboração intergovernamental ³³³.

Ao nível institucional, a sua participação junto dos órgãos internacionais encontra-se legitimada pelo artigo 71.º da Carta das Nações Unidas³³⁴, atribuindo este artigo ao Conselho Económico e Social (ECOSOC) o papel de regular tal participação. Nesse contexto, a Resolução 1996/31 do ECOSOC12 definiu os princípios e direitos subjacentes à participação formal das Organizações Não-Governamentais, concedendo-lhes um *status* consultivo.

Na extinta Comissão de Direitos Humanos, por exemplo, a participação activa das Organizações Não-Governamentais contribuiu consideravelmente para a criação de instrumentos internacionais, aprovação de resoluções, realização de estudos e para a criação de procedimentos especiais.

No novo Conselho de Direitos Humanos, a garantia de participação das Organizações Não-Governamentais encontra-se expressa na Resolução n.º 60/251: “[...] a participação e consulta com observadores [...] incluindo Instituições Nacionais de Direitos Humanos”. Estas, até ao momento, desempenharam importante papel no processo de consolidação institucional do próprio Conselho de Direitos Humanos.

No entanto, o grande contributo da acção das Organizações Não-Governamentais junto ao Conselho é a proximidade que faz às realidades locais, onde acontecem as violações aos direitos humanos. Principalmente, das realidades dos países em desenvolvimento que representam mais de metade dos membros com assento no Conselho dos Direitos Humanos: os países africanos e asiáticos detêm vinte e seis lugares no Conselho, ou seja, mais de 55% do total e se considerarmos os oito países da América Latina e Caribe, esse número sobe para 72%; apesar de muitos desses países questionarem a legitimidade de acção e a credibilidade da informação transmitida por Organizações que não sejam de seus respectivos países ou regiões.

³³³ ESCARAMEIA, Paula – Reflexões sobre Temas de Direito Internacional, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2001, pág. 177.

³³⁴ Segundo este artigo, “O Conselho Económico e Social poderá entrar em entendimentos convenientes para a consulta com organizações não-governamentais que se ocupem de assuntos no âmbito da sua própria competência”.

Contudo, apesar da sua acção, inúmeros são os desafios para participação das Organizações Não-Governamentais, destacando-se: o difícil processo de obtenção de *status* consultivo; os altíssimos custos financeiros e a falta de disponibilidade dos seus funcionários para participarem das sessões em Genebra³³⁵; a falta de conhecimento sobre o funcionamento do Conselho dos Direitos Humanos; a dificuldade de acesso à informação, incluindo as barreiras linguísticas e a dificuldade em perceber, à partida, quais os benefícios concretos dessa participação, na acção de luta, diária em seus países de origem.

Para Paula Escarameia, a participação das Organizações Não-Governamentais, ao abrigo do artigo 71.º da Carta, representa um dos dois mitos apresentados pela Carta das Nações Unidas. Nomeadamente, o de os termos utilizados por esta terem implicações jurídicas, quando, segundo a autora, não passarem de “*instrumentos de retórica*”³³⁶: “*as ONGs têm, nas Nações Unidas, sobretudo uma actividade de lobby dos delegados governamentais, já que, evidentemente, não participam das reuniões informais onde as decisões são realmente tomadas nem têm qualquer poder de voto. A sua presença é, contudo muito sentida e, por vezes hostilizada por várias delegações estatais para além do sentimento de que, devido ao desconhecimento de como as negociações decorrem na realidade as suas propostas são por vezes irrealistas*”³³⁷.

E, de acordo com a descrição efectuada pela autora, muitas vezes a objecção apresentada pelos Estados refere-se ao facto da falta da legitimidade democrática das Organizações Não-Governamentais, uma vez “*que os seus representantes não tiveram como base de apoio uma população que os tenham eleito para o cargo que agora desempenham*”³³⁸.

Frente a esses desafios, torna-se fundamental inovar as suas formas de actuação, nomeadamente, *à priori*, na fase da elaboração e implementação das directrizes que guiarão a actuação dos Estados, a que pertencem, exigindo que estes sejam mais transparentes e negociando mecanismos formais de participação nacional. Caberá às Organizações Não-Governamentais monitorar e “obrigar” os Estados Partes, de onde

³³⁵ De referir que muitas dessas organizações conseguem financiamento através de donativos privados e os seus quadros são preenchidos por voluntários.

³³⁶ Para a autora, o outro mito é o de a Carta estabelecer que “*são os povos que dirigem os seus destinos, quando na realidade cria uma pesada máquina administrativa que tem uma lógica própria propícia ao distanciamento da realidade dos factos...*” (ESCARAMEIA, Paula – *Reflexões sobre Temas de Direito Internacional...*, pág. 208).

³³⁷ ESCARAMEIA, Paula – *Reflexões sobre Temas de Direito Internacional...*, pág. 209.

³³⁸ *Idem*.

são originárias, a colocar a protecção aos direitos e a defesa da dignidade humana acima de quaisquer outros interesses.

As Organizações Não-Governamentais, que pela sua própria natureza, têm uma flexibilidade de actuação e liberdade de movimento, em determinadas circunstâncias poderão desenvolver movimentos que os próprios Estados e organismos intergovernamentais não podem, ou não querem, levar a cabo.

Deste modo, uma aplicação efectiva das normas internacionais de direitos humanos depende em grande medida dos indivíduos e das organizações não-governamentais, que têm um papel substancial no desenvolvimento de uma cultura universal de direitos humanos.

CAPÍTULO III

CIRCUNSTÂNCIAS QUE PONHAM EM CAUSA A EFFECTIVIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS

Neste capítulo, abordaremos, de forma breve, diversas situações que (na prática) implicam uma redução no grau de efectividade das normas internacionais de protecção do ser humano, estabelecidas nos instrumentos internacionais em estudo. Estamos a falar das restrições ou limitações e derrogações ao exercício de determinados direitos, garantidos pelos três instrumentos em estudo; da colisão entre o princípio da imunidade de jurisdição estatal e as normas *ius cogens* de direitos humanos; das sanções do Conselho de Segurança das Nações Unidas; e, a nível do sistema regional europeu, da muito utilizada doutrina da *margem de apreciação*.

a) *Restrições ou limitações e derrogações ao exercício de determinados direitos*

Quanto à primeira situação, diversos instrumentos internacionais contêm disposições que permitem a imposição de certas restrições ou limitações ao exercício de determinados direitos, com o objectivo de proteger os direitos e as liberdades dos demais, a segurança nacional e a saúde ou moral pública³³⁹. Estas restrições resultam da ponderação de interesses em casos concretos: entre o interesse do indivíduo, no gozo integral dos seus direitos, e o interesse geral da sociedade. Desde que, tais restrições estejam em conformidade com a lei³⁴⁰, forem necessárias³⁴¹ numa sociedade democrática³⁴² e para um ou vários fins legítimos definidos nas disposições em causa³⁴³.

³³⁹ Vide: parágrafo 2.º do artigo 12.º, 13.º, parágrafo 3.º do artigo 18.º, parágrafo 3.º do artigo 19.º, 21.º e parágrafo 2.º do artigo 22.º do PIDCP; n.º 2 do artigo 8.º a n.º 2 do artigo 11.º da CEDH e parágrafo 2.º do artigo 11.º, parágrafo 3.º do artigo 12.º, parágrafo 2.º do artigo 13.º, 15.º e parágrafo do artigo 16.º da CADH.

³⁴⁰ Princípio da legalidade: a medida deve estar expressamente prevista na lei. (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS- Direitos Humanos,... Vol. I, pág. 28). Segundo o disposto nos Princípios de Siracusa sobre as Disposições de Limitação e Derrogação no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Conselho Económico e Social das Nações Unidas, em 1985, “*prevista na lei*” deve ser entendido como nenhuma limitação ou restrição devendo ser efectuada a não ser que esteja prevista de modo claro em legislação nacional em vigor, que seja consistente com o estabelecido no Pacto e que se existam salvaguardas e meios de recurso efectivos contra a imposição de limitações ou restrições abusivas ou ilegais ao exercício de determinado direito (<http://www1.umn.edu/humanrts/instate/siracusapinciples.html>).

A possibilidade de se restringir ou limitar determinado direito humano assenta na consideração de que é a autoridade nacional, em primeira instância, quem se encontra em melhores condições para aferir da necessidade ou não de tais medidas. Sendo que, existe sempre a possibilidade de, através da supervisão internacional, se apurar da licitude da restrição ou limitação imposta. Podendo, o Estado em questão, vir a ser condenado pela violação do direito restringido ou limitado, se se provar que essa medida é, face às obrigações internacionalmente assumidas, ilícita.

Do mesmo modo, alguns instrumentos internacionais de direitos humanos³⁴⁴ permitem aos Estados Partes adoptarem medidas, com carácter excepcional, de suspensão temporária de algumas das obrigações internacionalmente assumidas³⁴⁵, justificadas pela necessidade de se encontrar um equilíbrio entre o direito soberano dos Estados em manter a paz e a ordem pública durante situações de emergências e a efectiva protecção dos direitos do indivíduo contra abusos do Estado.

Contudo, a derrogação³⁴⁶ das obrigações internacionalmente assumidas por um Estado Parte está sujeita à verificação de um conjunto de condições rigorosas³⁴⁷, nomeadamente:

- a) A existência de uma “*situação de emergência pública*” de ameaça à existência da nação, guerra (parágrafo 1.º do artigo 4.º do PIDCP) ou em tratando-se da derrogação das obrigações assumidas ao abrigo da CADH, somente em “*caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a*

³⁴¹ Princípio da proporcionalidade: a ingerência no exercício de um determinado direito deve mostrar-se necessária ao fim ou fins legítimos. (idem...)

³⁴² Em relação ao facto das restrições deverem ser necessárias “*numa sociedade democrática*”, tal refere-se somente aos direitos de reunião e do direito de associação.

³⁴³ Princípio do fim legítimo numa sociedade democrática, ou seja, as restrições só serão admitidas desde que licitamente justificadas ao abrigo do instrumento internacional e que não tenham por objectivo fins estranhos à efectiva protecção dos direitos humanos. (idem)

³⁴⁴ Por exemplo a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, que não é objecto de estudo, não contempla qualquer disposição sobre derrogações.

³⁴⁵ Ou seja, de garantir o exercício pleno e efectivo de determinados direitos.

³⁴⁶ Também designadas como restrições “extraordinárias”. Tal como as restrições “ordinárias” e, apesar de puderem ser objecto de limitações muito mais duras em situações de emergência, não podem anular o conteúdo material dos direitos inerentes ao ser humano (COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS- *Direitos Humanos ...*, vol. II, pág. 324).

³⁴⁷ A existência de um direito a derrogar determinadas obrigações (assumidas internacionalmente) não significa a liberdade atribuída a um Estado Parte de se furtar às mesmas. Está, nas medidas derogatórias que adoptar, subordinado ao princípio da inderrogabilidade de determinados direitos, ao princípio da necessidade estrita e ao da notificação internacional.

independência ou a segurança do Estado Parte” (parágrafo 1.º do artigo 27.º da CADH)³⁴⁸;

- b) A da necessidade imperiosa, ou seja, as medidas adoptadas não podem ir além do estritamente necessário para fazer face à situação de emergência (parágrafo 1.º do artigo 4.º do PIDCP, n.º 1 do artigo 15.º da CEDH) ou “*na estrita medida em que em que a situação o exigir*” (parágrafo 1.º do artigo 27.º da CADH), ou seja, uma vez terminada a situação que represente a ameaça as derrogações cessam³⁴⁹;
- c) A da compatibilidade da derrogação com as demais obrigações jurídicas internacionais, convencionais ou costumeiras (parágrafo 1.º do artigo 4.º do PIDCP, parágrafo 1.º do artigo 27.º da CADH e n.º 1 do artigo 15.º da CEDH), isto é, os Estados Partes continuam vinculados, mesmo em situações de emergência, aos princípios da legalidade e do Estado de Direito³⁵⁰;
- d) A das medidas derogatórias não poderem envolver actos de discriminação fundados unicamente sobre a raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social (parágrafo 1.º do artigo 4.º do PIDCP e parágrafo 1.º do artigo 27.º da CADH)³⁵¹;

³⁴⁸ A derrogação das obrigações assumidas pelos Estados Partes ao abrigo da CEDH deve ter como condição da ameaça excepcional a existência de “*guerra ou outro perigo público que ameace a vida da nação*” (artigo 15.º). Segundo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o Estado Parte deve estar a enfrentar uma situação de crise ou emergência excepcional que afecte a população e que constitua uma ameaça à vida organizada da comunidade (COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS - Direitos Humanos... o ministério público e advogados, Vol. I..., pág. 82).

³⁴⁹ Ou seja, as medidas deverão adequar-se à exigência da situação de emergência e sujeitas à avaliação dos organismos internacionais de controlo. O TEDH tem entendido, na avaliação que tem feito a determinadas medidas derogatórias que têm chegado a seu conhecimento através de casos sujeitos à sua jurisdição, que os Estados Contratantes da CEDH têm uma ampla margem de apreciação para avaliar a estrita necessidade das medidas em causa (COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS - Direitos Humanos..., Vol. II..., pág. 352 e seguintes).

³⁵⁰ “*Quando recorrem a medidas que derrogam as obrigações impostas pelas normas internacionais de direitos humanos os Estados deverão assegurar-se de que essas medidas não são incompatíveis com as “outras obrigações decorrentes do direito internacional”, tais como normas imperativas de direitos humanos, normas de direito internacional humanitário ou quaisquer outros princípios pertinentes que vinculem o Estado que procede à derrogação em virtude de um tratado internacional, do costume internacional ou dos princípios gerais do direito*” (COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS- Direitos Humanos..., Vol. II..., pág. 371 e 372).

³⁵¹ Pelo facto de o n.º 1 do artigo 15.º da CEDH não contemplar nenhuma referência à não discriminação não quer dizer que os Estados Partes não estejam obrigados a respeitar este princípio. As medidas derogatórias adoptadas pelos Estados Partes da CEDH deverão estar em consonância com as obrigações decorrentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional geral, daí terão de respeitar o princípio da igualdade e da não discriminação. “*Uma vez que o princípio da igualdade e não discriminação constitui uma norma fundamental tanto do direito internacional dos direitos humanos como do direito internacional geral, as medidas derogatórias que discriminem pessoas ou grupos de pessoas não podem ser lícitas em circunstância alguma, mesmo ao abrigo de tratados que não incluam expressamente a proibição da discriminação na sua norma derogatória*” (COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS- Direitos Humanos..., Vol. II..., pág. 373 e seguintes).

- e) A da notificação oficial: o Estado Parte, para fazer uso do direito de derrogar determinadas disposições, tem de informar os outros Estados Partes, através do secretário-geral da organização em causa, descrevendo quais as medidas de forma detalhada, bem como os motivos que levaram à respectiva derrogação. (parágrafo 3.º do artigo 4.º do PIDCP, parágrafo 3.º do artigo 27.º da CADH e n.º 3 do artigo 15.º da CEDH)³⁵²;
- f) A da inderrogabilidade de determinadas obrigações, dado existirem direitos que, mesmo nas situações mais graves, jamais poderão ser derogados (parágrafo 2.º do artigo 4.º do PIDCP, parágrafo 2.º do artigo 27.º da CADH, n.º 2 do artigo 15.º CEDH), nomeadamente, o direito à vida³⁵³ (artigo 6.º PIDCP, artigo 4.º da CADH e artigo 2.º da CEDH), a proibição da tortura e das penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes³⁵⁴ (artigo 7.º do PIDCP, parágrafo 2.º do artigo 5.º da CADH e artigo 3.º da CEDH), o direito a um tratamento humano³⁵⁵ (parágrafo 2.º do artigo 5.º da CADH), a proibição da escravatura, do tráfico de escravos e da servidão (parágrafos 1.º e 2.º do artigo 8.º do PIDCP, artigo 6.º do CADH e n.º 1 do artigo 4.º do CEDH), a proibição da prisão pela única razão de não estar em situação de executar uma obrigação contratual (artigo 11.º do PIDCP), a proibição da aplicação

³⁵² Este requisito visa evitar abusos no direito à derrogação, facilitando a monitorização das acções de um Estado quer por outros Estados Partes quer pelos organismos que controlam a aplicação do tratado em causa (COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS- Direitos Humanos..., Vol. II..., pág. 375 e seguinte).

³⁵³ A medida estrita da protecção (concedida pelos três instrumentos) varia consoante as limitações específicas relativas à imposição da pena de morte. Sendo que, da análise efectuada aos três tratados, resulta que só a CEDH define em que condições se admitem a privação da vida, de forma não intencional, nomeadamente “quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário: a) para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra a violência ilegal; b) para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente; c) para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.” (n.º 2 do artigo 15.º da CEDH). Subjacente a este direito, encontra-se quer o dever de o Estado de não tirar a vida a qualquer pessoa, forma arbitrária, quer o dever daquele a prevenir, investigar, julgar, condenar e reparar violações do direito à vida cometidos por terceiros, ou seja, adoptar medidas positivas de protecção, independentemente da situação de emergência que assale o próprio Estado (COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS- Direitos Humanos ..., Vol. II..., pág. 339).

³⁵⁴ A utilização da tortura e das penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes é proibido, mesmo nas situações de emergência pública que ameace a nação, mesmo nos casos da luta contra o terrorismo. Não se pode, assim, utilizar a tortura como meio de obter confissões ou informações. Inclui-se nestes casos: a detenção em regime de incomunicabilidade (*Caso Castillo Petruzzi e Outros*, sentença 30 de Maio de 1999 - COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS- Direitos Humanos ..., Vol. II..., pág. 339 e seguintes).

³⁵⁵ Este direito implica (nomeadamente) que as pessoas privadas de liberdade deverão ser mantidas em condições de respeito pela dignidade humana. Apesar se só se encontrar expressamente previsto como inderrogável no CADH, o Comité dos Direitos Humanos, no seu Comentário-Geral n.º 29 entendeu, por referência à dignidade inerente à pessoa humana plasmada no preâmbulo do Pacto e pela relação próxima do artigo 10.º que prevê este direito, e o artigo 7.º, que prevê o direito a não ser torturado, inderrogável, que o direito a um tratamento humano também seria inderrogável. E, é inderrogável também, para os Estados Partes da CEDH, que o sejam também do Pacto (COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS- Direitos Humanos..., Vol. II..., pág. 341 e seguinte).

retroactiva da lei penal³⁵⁶ (artigo 15.º do PIDCP, artigo 9.º da CADH e artigo 7.º da CEDH), o direito à personalidade jurídica (artigo 16.º do PIDCP e artigo 3.º da CADH), o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (artigo 18.º do PIDCP e artigo 12.º da CADH), o direito a não ser sujeito à pena de morte (artigo 6.º do Segundo Protocolo Adicional ao PIDCP e artigo 3.º do Sexto Protocolo Adicional à CEDH), direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez pelo mesmo crime³⁵⁷ (Princípio *ne bis in idem*, artigo 4.º do Sétimo Protocolo Adicional à CEDH), direitos da família (artigo 17.º da CADH), direito ao nome (artigo 18.º da CADH), direitos da criança (artigo 19.º da CADH), direito à nacionalidade (artigo 20.º da CADH) e direitos políticos (artigo 23.º da CADH)³⁵⁸.

Da análise das condições exigidas para as derrogações ao exercício dos direitos previstos pelos três instrumentos retiramos as seguintes conclusões:

- O direito de derrogação das obrigações assumidas ao abrigo dos instrumentos de protecção internacional dos direitos humanos em estudo representa um instrumento flexível que permite aos Estados Partes fazer face a situações de emergência nacional³⁵⁹.
- Apesar de ser aceite, quer ao nível universal quer ao nível regional, que em determinadas situações, os Estados podem necessitar de poderes mais amplos, o exercício desses poderes estão condicionados a limites rigorosos e à responsabilidade internacional pelas medidas adoptadas³⁶⁰, analisadas por referência às obrigações normais a que está vinculado no tratado.

³⁵⁶ Traduz este princípio que ninguém pode ser condenado por um facto que à data da sua prática não era considerado ilícito criminal, sendo igualmente proibido a aplicação retroactiva de leis menos favoráveis ao condenado (COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS- Direitos Humanos..., Vol. II..., pág. 344).

³⁵⁷ Este princípio protege contra a dupla incriminação relativamente a processos que corram num mesmo Estado.

³⁵⁸ Tem sido entendimento do Comité dos Direitos do Homem, no comentário geral n.º 29, que alguns direitos, pelo facto de não estarem expressamente previstos neste artigo 4.º do PIDCP, não podem ser, à *contrario sensu*, entendidos como derogáveis, nomeadamente, aqueles “*inerentes ao Pacto no seu conjunto*” (por exemplo: o direito a vias judiciais em caso de privação de liberdade) e aqueles que são indispensáveis ao gozo dos direitos explicitamente considerados como inderrogáveis, com o direito a um julgamento justo daqueles que estão em risco de condenação à morte (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS- Direitos Humanos ..., vol. II, pág. 29). Neste sentido, *vide* parte final do parágrafo 2.º do artigo 27.º da CADH que, após a enumeração dos diferentes direitos inderrogáveis à luz da Convenção, determina a inderrogabilidade “*das garantias indispensáveis para a protecção de tais direitos*”.

³⁵⁹ COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS- Direitos Humanos ..., Vol. II..., pág. 329.

³⁶⁰ *Idem*.

- As derrogações devem ter por objectivo a restauração de uma ordem constitucional³⁶¹, continuando os Estados vinculados ao princípio da legalidade³⁶².
- Um estado de emergência com a eventual suspensão do gozo de determinado direito só pode manter-se enquanto durar a ameaça à existência da nação, devendo o Estado em causa dar conhecimento aos outros Estados Partes, quer quando inicia o processo de suspensão quer quando termina a situação que deu origem à medida derogatória.
- O Estado ao adoptar as medidas derogatórias tem de provar que essas medidas são estritamente necessárias para pôr fim à situação de emergência, mantendo “sob revisão constante a necessidade dessas medidas”³⁶³.

Assim, o Estado é autorizado a suspender o exercício de alguns direitos, quando necessário para lidar com uma situação de emergência (por exemplo, a derrogação do direito de reunião pacífica), desde que cumpra as salvaguardas contra eventuais abusos destas disposições. Neste sentido, os Princípios de Siracusa [sobre a limitação e derrogação ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Anexo, UN Doc E/CN.4/1984/4)]³⁶⁴ fornecem orientações úteis sobre a interpretação a dar aquando da utilização de limitações ou restrições e derrogações ao exercício de determinados direitos plasmados.

b) Colisão entre o princípio da imunidade de jurisdição estatal e as normas ius cogens de direitos humanos

A emergência do indivíduo no plano internacional é um fenómeno que, alterando o cenário internacional, ocupado de maneira quase exclusiva pelos Estados soberanos,

³⁶¹ Comentário geral n.º 29 do Comité (COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS- Direitos Humanos ..., Vol. II..., pág. 329).

³⁶² No que diz respeito às derrogações e limitações, o documento final da Reunião em Moscovo (de 1991) da Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa (CSCE) estabelece que os Estados participantes: “Reafirmam que um estado de emergência pública só se justifica pelas circunstâncias mais excepcionais e graves [...]. Um estado de emergência pública não pode ser usado para subverter a ordem constitucional democrática, nem visam a destruição de direitos humanos internacionalmente reconhecidos e liberdades fundamentais. [...] Os Estados participantes confirmam que qualquer derrogação das obrigações relativas aos direitos humanos e liberdades fundamentais durante um estado de calamidade pública deve permanecer estritamente dentro dos limites previstos pela lei internacional, em particular os instrumentos internacionais relevantes pelos quais eles estão vinculados, especialmente com respeito aos direitos dos quais não pode haver derrogação.” <http://www.osce.org/odihr/elections/14310?download=true>, pág. 42.

³⁶³ COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS- Direitos Humanos ..., Vol. II..., pág. 352 e seguintes.

³⁶⁴ <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/siracusaprinciples.html>.

trouxe importantes modificações nos planos: político, sociológico e jurídico. Uma das grandes alterações foi a proliferação do fenómeno das demandas contra Estado estrangeiro, instauradas por indivíduos, por violação de direitos humanos, perante tribunais nacionais pouco habituados a lidar com este tipo de conflito.

Como conjugar os privilégios e imunidades de Estados estrangeiros, e a violação por estes de normas internacionais de direitos humanos? Até que ponto pode um indivíduo, ou um Estado demandar um Estado estrangeiro, em tribunais nacionais por actos de violação dos direitos humanos? E mais, até que ponto dever-se-á admitir a limitação ao direito ao acesso a um julgamento justo com o fundamento no princípio da imunidade?

Fundamentado no princípio tradicional “*par in parem non habet jurisdictionem*”³⁶⁵, o instituto da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro diz-nos que uma entidade soberana não pode ser julgada por um igual, devendo, caso consinta, submeter-se à jurisdição de um mecanismo de solução de controvérsias, como, por exemplo, o Tribunal Internacional de Justiça. Ou seja, “*peças jurídicas internacionais de igual posição não podem ver os seus litígios resolvidos pelos tribunais de uma delas*”³⁶⁶. Assenta também no princípio da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados.

Durante muito tempo a imunidade de jurisdição de Estado aplicou-se de forma absoluta, os tribunais nacionais não poderiam, em situação alguma, iniciar processos judiciais contra Estados estrangeiros, sem o seu consentimento. Actualmente, a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro sofreu algumas transformações³⁶⁷, decorrentes da crescente actuação do Estado em sectores económicos, levando à doutrina a distinguir entre *acta iure impérii* (actos de autoridade) e *acta iure gestionis* (actos de Direito privado)³⁶⁸, de modo a restringir o princípio da imunidade Estatal.

³⁶⁵ “Entre iguais não há juiz”.

³⁶⁶ BROWNLIE, Ian – *Princípios de Direito Internacional Público*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pág. 345 e 346.

³⁶⁷ Para Ian Brownlie, “*a prática dos Estados está longe de ser consistente*” coexistindo uma divergência entre os defensores da imunidade absoluta e os defensores do princípio da imunidade relativa; inclusive, os textos que são considerados como aqueles que incorporam o princípio da imunidade restritiva (Convenção Europeia de 1972, State immunity Act de 1978, etc.), não fornecem soluções uniformes (BROWNLIE, Ian – *Princípios de Direito* ..., pág. 351).

³⁶⁸ São dois os critérios utilizados para os distinguir: o da natureza e o do fim, se o acto em si teve subjacente uma relação de Direito privado ou pública ou se o fim prosseguido se adequaria ao conceito de interesse público. Nenhum destes critérios é isento de críticas, ambos apresentando limitações (BROWNLIE, Ian – *Princípios de Direito* ..., pág. 353).

Mas, ainda que gradualmente se observe (na realidade jurídica internacional) uma tendência para relativizar o princípio da imunidade, aplicando-se somente aos actos de governo, este ainda é visto como um princípio pilar das relações entre Estados³⁶⁹, mantendo o equilíbrio entre soberanias.

Contudo, o problema que se nos levanta é, por um lado, o da imunidade Estatal enquanto limitação ou restrição ao exercício de um direito consagrado pelos instrumentos internacionais de protecção dos direitos humanos, nomeadamente: os artigos 14.º do PIDCP, 6.º da CEDH e parágrafo 1.º do artigo 8.º da CADH. E por outro, partindo da necessidade de defesa de elevados valores, como a proibição da tortura, morte, etc., entendidos como normas *ius cogens*, quando da colisão destas com este princípio da imunidade, o afastamento das primeiras possa surgir sob a forma de impunidade.

Nos termos do artigo 14.º do PIDCP, *“Toda a pessoa terá o direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de carácter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil.”*

Segundo o n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, *“Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativamente e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ele”*.

De acordo com o preceituado no parágrafo 1º do artigo 8.º da CADH, *“Toda a pessoa terá direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ele, ou na determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalho fiscal ou de qualquer outra natureza.”*

³⁶⁹ RIBEIRO, Cristal Augustus Carneiro, MELO, João Marcos Braga e MELO, Lígia Tomás – *Caso Alemanha v Itália (Grécia Intervindo), A imunidade de jurisdição do Estado e as Violações aos Direitos Humanos*, pág. 60, disponível em <http://sinus.org.br/2012/wp-content/uploads/02-CIJ.pdf>.

Do confronto do princípio estabelecido por estas disposições internacionais com o princípio da imunidade Estatal resulta que (visto este último actuar no âmbito do afastamento das regras referentes à competência, no que toca ao foro jurisdicional, impedindo o acesso do autor ao tribunal nacional), o primeiro dos princípios pode ser afastado, surgindo, então, uma negação do direito à justiça, preconizada nos dispositivos acima referidos.

No entanto, como qualquer limitação ou restrição ao direito, a denegação da justiça, com o fundamento em imunidade Estatal, tem de ser adequada e proporcional³⁷⁰ aos objectivos a atingir.

Paradigma de toda esta situação encontra-se o *Caso Al-Adsanii v. Reino Unido*, analisado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Neste caso, estava em causa a impossibilidade de um cidadão com dupla nacionalidade (inglesa e kuwaitiana) vir a obter indemnização por danos físicos, mentais e morais decorrente da tortura que fora sujeito, por parte do Estado do Kuwait, em virtude da aceitação, por parte do tribunal de apelação inglês, da excepção da imunidade estatal.

O TEDH, numa votação de 9 votos a favor contra 8, no caso vertido, reconheceu e aceitou o argumento apresentado pelo Tribunal britânico para não julgar a causa, com base no princípio da imunidade de jurisdição Estatal, numa acção relativa a uma violação de uma norma *ius cogens*. Segundo este tribunal, a licitude deste princípio face à violação de normas de direitos humanos assenta na convicção de que ao particular é sempre possível, em última análise recorrer aos tribunais nacionais do Estado estrangeiro³⁷¹.

Outro caso paradigmático da situação de colisão entre o princípio internacional da imunidade de jurisdição estatal e as normas *ius cogens* de protecção do ser humano, em que a negação do direito a ser ressarcido por violação dos direitos humanos, por causa do princípio da imunidade de jurisdição de um Estado soberano, revela, em nossa

³⁷⁰ MOLL, Leandro de Oliveira – *Imunidades Internacionais ante a realidade das Organizações internacionais*, Fundação Alexandre Gusmão, 2011, pág. 142. Disponível http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/Imunidades-internacionais_2.pdf

³⁷¹ Diz-se “Imunidade não significa impunidade” (MOLL, Leandro de Oliveira - *Imunidades Internacionais*..., pág.145).

opinião, uma certa impunidade pelos actos gravosos cometidos: é o *Caso Alemanha v. Itália*³⁷².

Em 2008 a Alemanha, após as várias condenações ao pagamento de indemnizações a vítimas da II Guerra Mundial³⁷³, ordenadas pelos tribunais domésticos italianos, recorreu ao Tribunal Internacional de Justiça, com o propósito de garantir o seu direito de imunidade perante aqueles tribunais.

Em síntese, a Alemanha alegava que a Itália violou a sua obrigação de respeitar a imunidade do Estado, enquanto princípio de Direito Internacional uma vez que:

- a) Permitiu o julgamento de casos pelos seus tribunais contra o Estado alemão;
- b) Permitiu o arresto judicial de bens alemães;
- c) Homologou as sentenças da justiça grega que condenava o Estado alemão.

A justificação utilizada pela Itália para a quebra da imunidade jurisdicional da Alemanha assentou no facto de estarem em causa direitos consignados em normas *jus cogens* hierarquicamente superiores aos demais preceitos de Direito Internacional Público, nomeadamente, o princípio da imunidade jurisdicional de Estado.

O Tribunal Internacional de Justiça, apesar de reconhecer a gravidade dos crimes cometidos pela Alemanha durante a II Guerra Mundial, decidiu em favor desta, declarando que a Itália teria violado a sua obrigação de respeitar a imunidade do Estado alemão. Isto porque, segundo a maioria dos juízes³⁷⁴, apesar de os actos praticados (o uso de trabalho escravo e morte em massa) terem violado normas de *jus cogens*, não existe conflito entre estas e a imunidade. As normas *jus cogens* dizem respeito a normas substantivas, inderrogáveis, enquanto as regras respeitantes à imunidade de jurisdição dizem respeito a regras processuais, e que, segundo o Tribunal Internacional de Justiça,

³⁷² <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16899.pdf>.

³⁷³ Desde Março de 2004, após o Supremo Tribunal Italiano ter declarado possuir jurisdição necessária para julgar a Alemanha, um grande número de vítimas do regime nazi intentara acções civis contra este país, perante tribunais nacionais italianos.

³⁷⁴ O juiz Antônio Cançado Trindade, no seu voto contra, criticou a decisão e os argumentos que a sustentaram. Segundo ele, na prática haveria um conflito entre o direito humano de acesso à justiça, que deveria prevalecer em face a crimes internacionais, e a norma costumeira de imunidade dos Estados. Sendo um absurdo falar-se em afastamento da regra da imunidade nos casos em que o Estado se relaciona, no âmbito comercial, com privados e manter-se nos casos de graves violações de direitos humanos (<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16899.pdf>).

não colidem umas com as outras, pelo que a violação de normas peremptórias não teria como consequência o afastamento da imunidade do Estado.

Parece-nos que o Tribunal Internacional de Justiça perdeu uma grande oportunidade de tomar uma posição em consonância com a evolução do Direito Internacional Público em geral, nomeadamente no tocante à positivação das normas costumeiras relativas à imunidade jurisdicional do Estado³⁷⁵, e do Direito Internacional dos Direitos Humanos em especial, assumindo como empecilho à efectividade dos direitos plasmados nos instrumentos internacionais, nomeadamente nas demandas contra os Estados, a sua imunidade soberana. Parece-nos que a posição tomada pelo tribunal foi mais política que jurídica.

Ora, a necessidade de defesa de elevados valores da ordem internacional- como a proibição à tortura, ao genocídio, etc. – deve levar à construção de bases cada vez mais sólidas para justificar a não concessão de imunidade de jurisdição a um Estado estrangeiro violador de direitos humanos. Pelo menos assim entendemos.

E, na sequência do afirmado pelo Juiz Cançado Trindade, como fundamentação para o seu voto vencido contra a decisão do Tribunal Internacional de Justiça no caso acima referido, o direito de acesso à justiça *lato sensu* compreende não apenas o acesso formal à justiça (o direito de intentar uma acção judicial), por meio de um remédio eficaz, mas também as garantias do devido processo de direito (com igualdade de armas) até o julgamento, com a disponibilização da devida reparação, entendendo que sendo a realização da justiça em si uma forma de reparação, não pode ser preterida em nome das boas relações internacionais³⁷⁶.

d) Das sanções do Conselho de Segurança das Nações Unidas

O Conselho de Segurança das Nações Unidas³⁷⁷ é um dos seis órgãos principais da Organização, de acordo com o estabelecido pela Carta das Nações Unidas. É

³⁷⁵ O artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades Jurisdicionais de 2004 (ratificada por Portugal em 2006, mas que ainda não está em vigor), com a epígrafe “*Danos causados a pessoas e bens*”, diz-nos que “*Salvo acordo em contrário entre os Estados em questão, um Estado não pode invocar a imunidade de jurisdição num tribunal de outro Estado que seja competente para julgar o caso num processo relacionado com uma indemnização pecuniária, em caso de morte ou de ofensa à integridade física de uma pessoa, ou em caso de dano ou perda de bens materiais causados por um acto ou omissão alegadamente atribuído ao Estado, se esse acto ou omissão ocorreu, no todo ou em parte, no território desse outro Estado e se o autor do acto ou omissão se encontrava nesse território no momento da prática do acto ou omissão*”.

³⁷⁶ <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16899.pdf>.

³⁷⁷ Para um estudo mais aprofundado sobre o Conselho de Segurança das Nações Unidas, vide MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de Direito*..., pág. 636 a 640.

constituído, ao abrigo do artigo 23.º da Carta das Nações Unidas, “*por 15 membros das Nações Unidas*”, cinco deles membros permanentes³⁷⁸, com poder de veto, e dez eleitos pela Assembleia Geral, por um período de dois anos³⁷⁹.

Paralisada durante muitos anos, devido à Guerra Fria, a actividade de Conselho de Segurança tem sido desenvolvida essencialmente no sentido do estabelecimento da paz e da segurança mundial³⁸⁰. No desenrolar desta actividade, tem-se verificado duas situações consoante as agendas políticas dos Estados membros do Conselho de Segurança das Nações Unidas: por um lado a inexistência, insuficiência ou tardia acção deste órgão em assegurar a paz e a segurança internacional e por outro a adopção de sanções que, a partir dos anos noventa do século passado, como meio efectivo de combate ao terrorismo, passou a ser direccionada “*contra pessoas físicas e jurídicas determinadas, incluídas em listas consolidadas e administradas por comités de sanções*”³⁸¹.

Em relação à primeira situação (justificada muitas das vezes pelo “*uso do veto para a manutenção de áreas exclusivas de influência, e a não caracterização da ruptura ou ameaça à paz internacionais*”³⁸²), a Assembleia das Nações Unidas, através da Resolução 377 (*Uniting for Peace*), de 1950, poderá, caso considere necessário, recomendar a acção colectiva, incluindo o uso da força, quando o Conselho de Segurança das Nações Unidas falhe na sua obrigação de manter a paz e a segurança internacionais³⁸³.

A grande questão referente à segunda situação situa-se no campo do controlo da legalidade material dos actos do Conselho de Segurança das Nações Unidas, nomeadamente os praticados ao abrigo dos artigos 41.º e seguintes da Carta das Nações Unidas. Quando por via das suas resoluções viola normas *ius cogens*, nomeadamente normas de direitos humanos.

³⁷⁸ República da China, França, Rússia, Reino Unido e Estados Unidos (n.º 1 do artigo 23.º da Carta da Nações Unidas).

³⁷⁹ N.º 2 do artigo 23.º da Carta da Nações Unidas

³⁸⁰ ESCARAMEIA, Paula – *Reflexões sobre ...*, pág. 75.

³⁸¹ TRINDADE, Vinícios Cançado – Controlo de Legalidade dos Atos do Conselho de Segurança das Nações Unidas, in *Revista da Faculdade Direito UFMG*, n.º 62, Jan/Jun. 2013, pág. 717. A intenção, ao instituir este tipo de sanções, é atingir o verdadeiro responsável, em vez do Estado ou da população.

³⁸² TRINDADE, Vinícios Cançado – Controlo de Legalidade ..., pág. 709 e 710.

³⁸³ Idem.

Ou seja, tendo as Nações Unidas criado um enorme mecanismo de supervisão das obrigações assumidas pelos Estados ao abrigo dos dois pactos, como se entender a violação destas mesmas obrigações por estes, em virtude de obrigações impostas por resoluções do Conselho de Segurança da Nações Unidas³⁸⁴? No fundo, trata-se de perguntar: quem controla o Conselho de Segurança das Nações Unidas?

Da análise das disposições constantes da Carta das Nações Unidas, retira-se que o Conselho de Segurança deverá agir, segundo o estipulado no n.º 2 do artigo 24.º, “*de acordo com os objectivos e os princípios das Nações Unidas*”, nomeadamente os constantes no artigo 2.º da Carta das Nações Unidas: assegurar a igualdade soberana entre todos os membros; o cumprimento, de boa-fé, das obrigações por ele assumidas; utilizar, preferencialmente, os meios pacíficos de resolução dos conflitos; a proibição do recurso à ameaça ou uso de força, com excepção da aplicação das medidas coercitivas ao abrigo dos artigos 41.º e seguintes. Tendo sempre em vista os objectivos fixados no artigo 1.º da Carta, nomeadamente: a promoção e respeito dos direitos humanos (artigo 1.º, 55.º e 56.º da Carta)³⁸⁵, normas consuetudinárias inderrogáveis que, por via do status *jus cogens* obtido, estabelecem limites à celebração de tratados internacionais, por aplicação do artigo 53.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Sendo certo que, um tratado adoptado com violação de uma norma com *status jus cogens*, encontra-se ferido de nulidade (artigo 53.º da CVDT) ou implica a responsabilização de um Estado, então, “*por analogia as resoluções de organizações internacionais também estão sujeitas aos limites das normas imperativas de direito internacional geral*”³⁸⁶.

Contudo, e tendo por ponto de partida que a Organização das Nações Unidas não é signatária de nenhum tratado de direitos humanos, e que, ao abrigo do n.º 1 do artigo 34.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, somente os Estados podem ser parte, verifica-se que, no caso da adopção das sanções dirigidas contra sujeitos individuais existe uma gravíssima ausência de meios de garantia, que põem em causa direitos humanos, como o direito à liberdade de circulação, direito ao devido processo e garantias judiciais, etc.³⁸⁷.

³⁸⁴ TRINDADE, Vinícios Cançado – Controle de Legalidade ..., pág. 703 a 734.

³⁸⁵ TRINDADE, Vinícios Cançado – Controle de Legalidade ..., pág. 711.

³⁸⁶ TRINDADE, Vinícios Cançado – Controle de Legalidade ..., pág. 717.

³⁸⁷ Normas que, ao abrigo dos respectivos tratados, poderão ser derogadas em situação de emergência - *Vide* artigo 4.º do PIDCP, artigo 27.º da CADH e artigo 15.º da CEDH.

Sobre esta situação, o Tribunal de Justiça da União Europeia pronunciou-se no célebre *Caso Yassin Abdullah Kadi, Al Barakat International Foundation v Conselho da União Europeia & Comissão das Comunidades Europeias, Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*³⁸⁸, declarando “que as obrigações impostas por tratados não podem causar prejuízos aos princípios constitucionais da Comunidade Europeia e que, portanto, os órgãos jurisdicionais da Comunidade Europeia têm plena jurisdição para examinar a legalidade das medidas adoptadas para efectivar resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas”³⁸⁹ e determinando (por violação dos direitos à propriedade, ao devido processo legal e às garantias judiciais) a revogação do regulamento que efectivou a resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas³⁹⁰.

Sobre o mesmo assunto, aplicação de resolução do Conselho de Segurança das Unidas, violadora de direitos humanos, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos pronunciou-se, no *Caso Al-Jedda v. Reino Unido*³⁹¹, no sentido da condenação do Reino Unido por violação do artigo 5.º da Convenção, dado que a referida resolução não continha qualquer referência expressa à suspensão de direitos no Iraque.

³⁸⁸ Também conhecido como *Kadi I*, intentado em 2001, no Tribunal de Primeira Instância, por Yassin Kadi contra o Conselho e a Comissão, com o objectivo de anular uma série de regulamentos da União, onde o autor constava numa lista anexa como pessoa que deveria ser sujeita ao congelamento de fundos por força das resoluções 1267 e 13333 do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Na fundamentação apresentada o autor referiu que, por um lado o regulamento violava o direito a ser ouvido, na medida que não lhe tinha sido concedida qualquer possibilidade de sobre os factos e as circunstâncias alegadas; que violava igualmente o direito à propriedade e em terceiro lugar, violava o direito a uma tutela jurisdicional efectiva, dado que não se previa qualquer via de controlo jurisdicional. O Tribunal de Primeira Instância, em 2005, considerou, então, adoptando uma posição monista com primado absoluto do Direito Internacional nas relações entre este e a ordem jurídica da União que a acção deste estava subordinada, enquanto membro das Nações Unidas, às resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, por via do artigo 103.º da Carta das Nações Unidas. Considerando por isso incompetente para controlar, ao abrigo do Direito da União, a validade das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Contudo, para este tribunal considerou-se legítimo para aferir da validade das mesmas resoluções à luz do Direito Internacional. A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia reverteu, em recurso, o entendimento do Tribunal de Primeira Instância.- Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 3 de Setembro de 2008. Para um estudo mais aprofundado sobre a relação entre o Direito da União Europeia e o Direito Internacional vide MARTINS, Patrícia Fragoço – O Caso *Kadi* e a Fórmula “*Solange*”: Das Relações entre o Direito da União Europeia e a Ordem Jurídica Internacional em Matéria de Direitos Fundamentais, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* [coordenação] Marcelo Rebelo de Sousa, Vol. V, edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, págs. 407 a 432.

³⁸⁹ TRINDADE, Vinícius Cançado – Controle de Legalidade ..., pág. 720.

³⁹⁰ TRINDADE, Vinícius Cançado – Controle de Legalidade ..., pág. 721. De referir que, já em 2013, o Tribunal de Justiça da União Europeia reafirmou a jurisprudência plasmada neste caso, no *Caso Comissão v. Kadi* (Kadi II) - Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 18 de Julho de 2013.

³⁹¹ Caso *Al-Jedda v Reino Unido*, 27021/08, 7 de Julho de 2011. O Tribunal entendeu que a detenção administrativa prolongada de Hilal Abdul-Razzaq Ali al-Jedda, durante mais de três anos, num centro de detenção administrado pelas forças armadas britânicas no Iraque, violava o seu direito à liberdade e à segurança, rejeitando o argumento do Reino Unido de que a resolução 1546 do Conselho de Segurança da ONU, ao abrigo do artigo 103.º da Carta das Nações Unidas, retirava ao queixoso o direito à protecção da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

De salientar que os dois casos³⁹² acima referidos dizem respeito a avaliação de actos de direito comunitário, no primeiro caso, e actos de direito interno, no segundo caso, em conformidade com ordens emanadas por determinadas resoluções adoptadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, violadoras de normas de direitos humanos³⁹³.

Os casos acima referidos ilustram a polémica referente às possíveis violações de direitos humanos, decorrentes dos actos praticados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, legitimados pelos amplos poderes concedidos ao órgão pela Carta das Nações Unidas, e tradicionalmente justificados pela doutrina internacionalista como consequência do compromisso deste Conselho para com a manutenção da paz e segurança internacionais.

De referir que um avanço dado no controlo da criação de Listas Consolidadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas foi a criação da figura do *Ombudsperson*, para acompanhar indivíduos e entidades que pretendem retirar o seu nome das referidas listas. Mas, apesar deste avanço, parece-nos que os indivíduos e entidades continuam sem garantias judiciais para pôr em causa as ditas Listas, pelo menos directamente.

e) Doutrina da margem de apreciação

Utilizada muitas vezes pela jurisprudência europeia na resolução de casos trazidos perante a sua jurisdição³⁹⁴, a doutrina da *margem de apreciação* representa um instrumento que permite estabelecer a fronteira entre o que é próprio de cada Estado e aquilo que, pela sua relevância e importância, diz respeito a todo o sistema convencionado europeu, independentemente das variações culturais, políticas ou sociais de cada Estado³⁹⁵.

³⁹² Para um estudo mais aprofundado das acções interpostas perante tribunais nacionais contra actos dos Estados (em conformidade com resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas), vide TRINDADE, Vinícios Cançado – Controle de Legalidade ..., pág. 722 e seguintes.

³⁹³ O Tribunal Europeu de Justiça e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nestes dois casos, proporcionaram aquilo que Vinícios Cançado Trindade refere como controlo incidental e difuso das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

³⁹⁴ A margem de apreciação não se encontra formalmente prevista na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, surgiu por via jurisprudencial, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Uk v. Irlanda* (OSTROVSKY, Aaron A. – What's so funny about peace, love, and understanding? How the margin of appreciation doctrine preserves core human rights within cultural diversity and legitimizes international human rights tribunals, in *Hanse Law Review (Hanse LR)*, vol. 1, n.º 1, 2005, pág. 48). Disponível em: <http://hanselawreview.org/pdf/Vol1No1Art5.pdf>.

³⁹⁵ CASTRO, Jorge Rosas de – Em torno da Margem de Apreciação dos Estados na Aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, vol. 85, 2010, pág. 281; BOTELHO, Catarina Santos – Quo Vadis, doutrina da margem nacional de apreciação: o amparo

Na sua essência, aparece como consequência natural do princípio da subsidiariedade, na medida em que cabe ao Estado, em primeira linha, concretizar as obrigações decorrentes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sendo substituído pelos mecanismos estabelecidos nesta convenção, em caso de eventuais insuficiências demonstradas por aquele. Ou seja, a *margem de apreciação* surge na esfera da autonomia dos estados para, dentro dos *standards* de protecção fixados pela Convenção, escolher os meios para os concretizar³⁹⁶.

Desde que surgiu, ao abrigo do artigo 15.º da CEDH, tem tido uma “*frequente aplicação no plano das restrições ao direito ao respeito pela vida privada e familiar, à liberdade de religião, à liberdade de expressão, à liberdade de reunião e de associação, à liberdade de circulação, ao direito à liberdade e à segurança e ao direito à propriedade*”. E ainda nas aplicações dos direitos ao acesso a tribunal, a um duplo grau de jurisdição em matéria penal, ao casamento, à instrução, a eleições livres e à proibição da discriminação³⁹⁷. Excepcionando-se os artigos 2.º a 4.º da Convenção (direito à vida, proibição da tortura, das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, da escravatura e do trabalho forçado), apesar de, segundo Jorge Castro³⁹⁸, podermos identificar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nomeadamente, no que toca às obrigações positivas inerentes a estes artigos, alguns afloramentos da doutrina da *margem de apreciação*, através do uso de *critério de razoabilidade*³⁹⁹.

A amplitude da doutrina da *margem de apreciação* varia⁴⁰⁰ consoante a natureza do direito em causa, sendo menor quanto maior for a proximidade do assunto à intimidade dos indivíduos⁴⁰¹, consoante o carácter mais ou menos objectivo dos conceitos, quanto mais detalhado o conteúdo do direito menor será a *margem de*

internacional dos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional, Direito e justiça, vol. Especial, n.º1, 2011, pág. 347.

³⁹⁶ CASTRO, Jorge Rosas de – Em torno ..., pág. 283 e seguintes. – Uma obrigação negativa, de não interferência do Estado, a *margem de apreciação* tende a ser vista como menor do que a que se encontra subjacente à escolha por parte do Estado dos meios para concretizar uma obrigação positiva.

³⁹⁷ CASTRO, Jorge Rosas de – Em torno ..., pág. 285 e 286.

³⁹⁸ CASTRO, Jorge Rosas de – Em torno ..., pág. 287 e seguintes.

³⁹⁹ CASTRO, Jorge Rosas de – Em torno ..., pág. 289 – “A única norma da CEDH relativamente à qual não tem surgido na jurisprudência de Estrasburgo qualquer referência directa ou indirecta, à *margem de apreciação* dos Estados é a contida no art. 7.º, que consagra o princípio da legalidade criminal”.

⁴⁰⁰ CASTRO, Jorge Rosas de – Em torno ..., pág. 290 e seguintes e BOTELHO, Catarina Santos – Quo Vadis..., pág. 352.

⁴⁰¹ Só por razões muito sérias é que podem ser justificadas ingerências no respeito pela vida privada, por exemplo (CASTRO, Jorge Rosas de – Em torno ..., pág. 297).

apreciação atribuída aos Estados⁴⁰², e consoante a presença ou ausência de consenso, variando na razão inversa do mesmo⁴⁰³.

E tem, ainda, sido entendimento da jurisprudência do TEDH que a ingerência do Estado deve ter como fundamento uma finalidade legítima e que seja proporcional aos fins destinados, para que possa assim ser considerada uma certa *margem de apreciação*⁴⁰⁴.

O seu uso tem sido objecto das mais variadas críticas, nomeadamente, o facto das expressões, quase mecanicamente, utilizadas pela jurisprudência europeia no seu reconhecimento poder resultar num certo comodismo jurisprudencial, assente no decidir não decidindo⁴⁰⁵, ficando por explicitar o exacto alcance do espaço de liberdade visado, bem como os passos metodológicos que sustentem a sua amplitude.

Para além disso, os critérios de aferição da *margem de apreciação* não são conceitos tendenciais⁴⁰⁶, nem as condições da sua aplicação são claramente precisas, na medida que cada um deles, em si, não determina necessariamente o sentido da decisão, reflectindo-se negativamente na consistência da doutrina em geral⁴⁰⁷.

Ou como diz Jorge Castro, à doutrina da *margem de apreciação* tem estado associada uma nota de indevido subjectivismo e casuísmo, que proporcionam a introdução de um tom de marcada relatividade e incerteza na tarefa interpretação da convenção⁴⁰⁸. Na opinião deste autor, não se deve negar a pertinência da doutrina da *margem de apreciação* enquanto ideia geral que informa o sistema da CEDH, permitindo à jurisprudência europeia a concretização da conjugação entre o interesse

⁴⁰² CASTRO, Jorge Rosas de – Em torno ..., pág. 291.

⁴⁰³ CASTRO, Jorge Rosas de – Em torno ..., pág. 291 e seguintes.

⁴⁰⁴ “Da jurisprudência de Estrasburgo ressalta uma conexão próxima entre os conceitos de *margem de apreciação* e de proporcionalidade: onde se considere que as autoridades nacionais não encontraram um equilíbrio proporcional entre os interesses em jogo, entender-se-á que ultrapassaram a *margem de apreciação* que gozavam...” (CASTRO, Jorge Rosas de – Em torno ..., pág. 300 e seguintes).

⁴⁰⁵ Ou como diz Jorge Castro, “o uso da doutrina já tem consequentemente sido visto como uma abdicação, por parte do TEDH, dos poderes que a CEDH lhe confere, abdicação que em casos sensíveis será particularmente conveniente do ponto de vista da comodidade da decisão” (CASTRO, Jorge Rosas de – Em torno ..., pág. 309). Em sentido contrário, Catarina Botelho afirma que esta atitude do Tribunal demonstra *maturidade* jurídica em face das questões de especial sensibilidade (BOTELHO, Catarina Santos – Quo Vadis..., pág. 372).

⁴⁰⁶ “...a natureza puramente tendencial dos critérios utilizados e a inexistência de princípios orientadores precisos que permitam razoavelmente antever o peso relativo a cada um daqueles critérios, tudo isto leva-nos a pensar que quando a jurisprudência de Estrasburgo invoca a *margem de apreciação* nos fundamentos da sua decisão faz uso de um conceito que pouco tem contribuído para a clareza, previsibilidade e igualdade na aplicação da CEDH, requisitos estes pressupostos num sistema fundado no primado do Direito” (CASTRO, Jorge Rosas de – Em torno ..., pág. 308).

⁴⁰⁷ CASTRO, Jorge Rosas de – Em torno ..., pág. 303 e seguintes.

⁴⁰⁸ CASTRO, Jorge Rosas de – Em torno ..., pág. 307.

geral da comunidade e o interesse particular⁴⁰⁹ e que poderá dar oportunidade à chamada interpretação evolutiva⁴¹⁰, no entanto, deve-se procurar um caminho interpretativo mais solido no âmbito da sua fundamentação.

Na prática, verifica-se que a jurisprudência do TEDH tende aplicar a doutrina *margem de apreciação* das autoridades nacionais com uma menor amplitude nos casos de normalidade do que em momentos de adversidade, como seja os casos em que são colocados perante situações em que é necessário tomar uma decisão urgente ou num contexto especialmente problemático. Deste modo e sabendo que são estas as situações que têm em si uma maior potencialidade de lesar os direitos internacionalmente consagrados, como conjugar isso a procura de uma maior efectividade das normas. De facto, se em momentos de especial anormalidade, por razões políticas, de especial sensibilidade dos Estados, favorece a aplicação de uma jurisprudência que potencia a incerteza e a segurança jurídica, tão importante para afirmação de qualquer sistema jurídico que se quer efectivo, então, onde se encontram os outros princípios, defendidos pelo TEDH, tão caros ao estabelecimento de uma ordem mundial, assente na cultura de direitos humanos?

Estes exemplos, de circunstâncias, trazem em si a potencialidade de, senão tornar inefectivas as normas internacionais de direitos humanos, diminuir o seu grau de efectividade. Há, por isso que procurar mitigá-los, fazer com que não tenham tanta interferência no gozo individual dos direitos humanos plasmados.

⁴⁰⁹ Segundo Catarina Botelho, a doutrina da *margem de apreciação* “oferece uma solução de compromisso entre o universalismo – no que diz respeito ao reduto último do direito – e a aceitação da pluralidade de mundividência de características de cada Estado – quanto às esferas que circundam esse mesmo núcleo duro do direito, que por isso, não são tão identificadores do direito em causa” (BOTELHO, Catarina Santos – Quo Vadis..., pág. 356 e seguintes).

⁴¹⁰ “Visto que a mudança dos costumes e das concepções conduzem a alterações no alcance dos direitos e liberdades garantidos a que importará atender” (CASTRO, Jorge Rosas de – Em torno ..., pág. 307).

CAPÍTULO IV

CONCLUSÕES FINAIS

- 1) A evolução na protecção internacional do ser humano teve sempre como ponto de partida a incapacidade dos Estados em protegê-los efectivamente contra violações perpetuadas.
- 2) A construção de um sistema internacional de protecção do ser humano iniciou-se com declarações e só mais tarde se aprofundou a tendência para a regulação convencional.
- 3) Com base nesta construção histórica, é crescente a demanda das Nações Unidas em torno dos direitos humanos.
- 4) O Direito Internacional tomou novas dimensões como disciplina jurídica, autonomizando-se a protecção internacional dos direitos humanos.
- 5) Os direitos humanos encontram fundamento na dignidade humana, naquilo que representa o mínimo para lhes garantir uma vida digna.
- 6) Apesar da sua universalização, não se pode falar, ainda, de um constitucionalismo global.
- 7) A efectividade das normas de direito (em geral) representa a concretização no mundo real dos preceitos normativos.
- 8) Na sua análise, deve-se ter em conta os mais variados métodos, para além dos jurídicos.
- 9) A análise da efectividade do Direito Internacional deve ser efectuada de modo diferente da do Direito interno, na medida que se trata de um direito de cooperação, distinto do direito de subordinação subjacente ao último.
- 10) A efectividade das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos apresenta especificidades face ao Direito Internacional, dado tratar-se de normas inspiradas em preocupações superiores.
- 11) A efectividade das normas de direitos humanos deve, por isso, ser avaliada à margem dos métodos de avaliação da efectividade das normas de direito interno quer das normas de Direito Internacional.

- 12) A efectividade das normas de direitos humanos representa um grande desafio para o constitucionalismo contemporâneo.
- 13) Através da implementação, o Estado-Parte de um tratado de direitos humanos incorpora no seu ordenamento jurídico interno os preceitos internacionais e assegura uma efectiva aplicação dessa legislação.
- 14) Destacámos (na implementação) três actividades: a incorporação das normas internacionais no direito interno, o estabelecimento de instituições nacionais e a educação para os direitos humanos.
- 15) Na incorporação dos preceitos internacionais de direitos humanos, a polémica entre monistas e dualistas encontra-se ultrapassada; o que é importante é determinar se um individuo pode invocar, perante tribunais nacionais, uma disposição internacional.
- 16) As reservas aos tratados podem - *ab initio* - representar uma diminuição das obrigações internacionais que os Estados Partes assumem e que, por isso, diminuem o grau de efectividade das normas de direitos humanos.
- 17) As instituições nacionais fazem parte de um complexo sistema desenvolvido no seio das Nações Unidas para a promoção e protecção dos direitos humanos.
- 18) É através da *educação para os direitos humanos* que os Estados Partes conseguem aumentar a consciencialização das suas populações sobre direitos humanos.
- 19) A *justiça de transição*, enquanto mecanismo para a implementação de direitos humanos em sociedades recém-saídas de conflitos internos armados, serve de exemplo para a dificuldade de tornar efectivas as normas internacionais de protecção do ser humano.
- 20) Da análise dos mecanismos de supervisão existentes (quer ao nível global, quer ao nível regional), concluímos que a existência de um sem número de mecanismos cria os mais variados condicionalismos, complicando um sistema já de si complicado. E reduzido, por isso, a efectividade das normas internacionais de direitos humanos.
- 21) No caso dos mecanismos de supervisão, sendo produto de específicos processos de decisão, qualquer melhoria requer o apoio dos Estados.
- 22) Desde algum tempo a esta parte, têm-se verificado alguns atritos entre jurisdições nacionais e jurisdições internacionais, provenientes de decisões conflitantes.
- 23) Apesar de com alguns percalços, o papel da sociedade civil, nomeadamente das Organizações Não-Governamentais, é fundamental na luta pela protecção do ser humano.

- 24) As restrições ou limitações e derrogações ao exercício de determinados direitos humanos; a colisão entre o princípio da imunidade de jurisdição estatal e as normas *ius cogens* de direitos humanos, das sanções do Conselho de Segurança das Nações Unidas e (ao nível do sistema regional europeu) da muito utilizada doutrina da *margem de apreciação*: representam algumas das situações que na prática implicam uma redução no grau de efectividade das normas internacionais de protecção do ser humano.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola – Efectivo in *Diccionario de Filosofia*, ed. Martins Fontes, São Paulo, 1998, pág. 406.

ADEODATO, João Maurício – *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*, Editora Noeses, 2011.

ALEXY, Robert

- *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudos Constitucionales, Madrid, 1993, Tradução Ernesto Garzón Valdez, páginas 81 a 172.
- Derechos humanos sin metafísica?, in *Doxa - Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 30, 2007, páginas 237 a 248.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS

- *Instituições Nacionais de Direitos Humanos, Manual sobre a criação e o reforço de instituições nacionais para promoção e protecção dos direitos humanos*, Publicação da Nações Unidas, 1995.
- *Direitos Humanos na Administração da Justiça – Manual de Direitos Humanos para Juízes, Magistrados do Ministério Público e Advogados*, Vol. I, Nações Unidas, 2003.
- *Direitos humanos na Administração da justiça – manual de direitos humanos para juízes, magistrados do ministério público e advogados*, vol. II, Nações Unidas, 2003.

AMBOS, Kai - Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional, in: *Direito penal internacional para a protecção dos direitos humanos / simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e Goethe-Institut de Lisboa, Fim de Século*, 2003, páginas 129 a 165.

ANNAN, Kofi. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Relatório apresentado ao Conselho de Segurança da ONU em 23.08.04.

In: *Revista da Anistia política e justiça de transição*, nº. 01, Jan.-Jul. de 2009, pág. 320 a 501.

ÁVILA, Flávia de, e NASSER CURY, Paula Maria - Os princípios jurídicos e a efetividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil, in *Meritum, Revista de Direito da FCH/FUMEC*, v.4, n.2, Jul.-Dez.2009, páginas 209 a 236

AYUSO, Miguel - Liberdades e direitos humanos, In: *Direitos Humanos/ organização* de Paulo Ferreira da Cunha, Almedina, 2003, páginas 173 a 192.

BAPTISTA, Eduardo Correia – *Direito Internacional Público, Conceito e Fontes*, Vol.1, Ed. Lex, 1998.

BARRETO, Ireneu

- A evolução do conceito de universalidade dos direitos humanos e a participação das mulheres na construção da democracia: dimensão jurídica, *Cadernos condição feminina*, Lisboa, n.º 33 (1991), páginas 59 a 69.
- *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, anotada*, 3.^a edição, Coimbra Editora, 2005.

BARRETTO, Vicente de Paulo - Globalização, direito cosmopolítico e direitos humanos, in *O direito*, a.138, n.º 2, 2006, páginas 277 a 294.

BESSON, Samantha – L'effectivité des droits de l'homme, Du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière des droits de l'homme, in *L'homme et son droit: mélanges au l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65.º anniversaire*,/ organizado por Jean-Baptiste Zuffery, Jaques Dubey e Adriano Previlatis, Schulthesi, 2011, páginas 53 a 83.

BOBBIO, Norberto – *L'età dei diritti*, Einaudi Tascabili, 1990, páginas 5 a 89.

BOISOT, Marcel - Direitos do homem ou direitos do homem, in *Direitos Humanos/ organização* de Paulo Ferreira da Cunha, Almedina, 2003, páginas 137 a 140.

BOTELHO, Catarina Santos – Quo Vadis, doutrina da margem nacional de apreciação: o amparo internacional dos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional, in *Direito e justiça*, vol. Especial, n.º1, 2011, páginas 341 a 376.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira e LAGE, Délber Andrade – Eficácia e Coerção: Uma análise sobre o sistema de garantia do cumprimento das normas jurídicas internacionais, in *Direito Internacional Contemporâneo*, coord. Leonardo Nemer Caldeira Bant, Délber Andrade Lage e Suzana Santi Cremasco, Juruá Editora, 2011, páginas 407 a 510.

BRIERLY, James – *Direito Internacional*, tradução de M.R.Crucho de Almeida, 4.^a edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

BRITO, António José de - O problema dos direitos humanos, In: *Direitos Humanos*/ organização de Paulo Ferreira da Cunha, Almedina, 2003, páginas 141 a 149.

BRITO, Wladimir – *Direito Internacional Publico*, Coimbra Editora, 2008.

BROWNLIE, Ian – *Princípios de Direito Internacional Público*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BUKOVSKA, Barbora – Perpetrando o bem: as consequências não desejadas da defesa dos direitos humanos, in *Sur-Revista Internacional de Direitos Humanos*, Ano 5, n.º 9, São Paulo, Dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.surjornal.org/index5.php>.

CABRITA, Isabel – *Direitos Humanos: um conceito em movimento*, Almedina, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto

- O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de vítima no direito internacional: com atenção especial a prática referente aos Estados da América Latina, in: *Revista de informação legislativa*, ano 23, n.º 89, Jan/Mar, 1986, páginas 377 a 448
- “Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos humanos no Início do Século XXI”, disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/407490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>.
- A Consolidação da Capacidade Processual dos Indivíduos na Evolução da Protecção Internacional dos Direitos Humanos: Quadro Actual e Perspectivas na Passagem do Século, disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado3.html>

- Os tribunais internacionais contemporâneos e a Busca da Realização do ideal de justiça internacional, in: *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, n.º 57, Jul/Dez 2010, páginas 37 a 68.

CARDOZA ZÚÑIGA, Rubén – A dicotomia jurisdicional entre Direito Interno e Direito Internacional em matéria de Direitos Humanos, in *Meritum*, meritum, v. 5, n.º 2, Jul./Dez. 2010, pág. 125 a 159. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/index.php/meritum/article/view/1090>.

CASTRO, Jorge Rosas de – Em torno da Margem de Apreciação dos Estados na Aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, vol. 85, 2010, páginas 281 a 313.

CATANIA, Alfonso – Effectività e modelli di diritto, in *Sociologia del Diritto*, a. 30, n.2, páginas 7 a 20.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique – Effectivité et droits de l’homme, in: *À la recherche de l’effectivité des droits de l’homme*, organização Véronique Champeil-Desplats e Danièle Lochak, Nanterre: Presses Universitaires de Paris Ouest, 2008, páginas 11 a 26. Disponível em: <http://books.openedition.org/pupo/1152>.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique; LOCHARK, Danièle – L’effectivité au regard des notions voisines, in: *À la recherche de l’effectivité des droits de l’homme*, organização Véronique Champeil-Desplats e Danièle Lochak, Nanterre: Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, páginas 27 a 30. Disponível em: <http://books.openedition.org/pupo/1155>.

CHIPOCO, Carlos – La protección universal de los derechos humanos, una aproximación crítica, in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. 1, 1994, páginas 171 a 225.

CHORÃO, Mário Emílio F. Bigotte - Nótula sobre a fundamentação dos direitos humanos, In: *Direitos Humanos* (organização de Paulo Ferreira da Cunha, Almedina, 2003, páginas 77 a 97.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro – Decisões Conflitantes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: vinculação ou desprezo, in *Estudo de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coordenação Marcelo Rebelo de Sousa,

Coimbra Editora, 2012. 5 v.: Direito internacional e direito da União Europeia: direito internacional privado e direito marítimo: direito financeiro e direito fiscal, páginas 301 a 326.

CORREIA, Theresa Raquel – Considerações iniciais sobre o conceito de direitos humanos, in: *Pensar*, vol. 10, n.º 10, Fev. 2005, páginas 98 a 105.

COURTIS, Christian - La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, In: *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado* (organizadores António Pinto Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Wolfgang Sarlet), Almedina, 2007, páginas 81 a 110.

COUTINHO, Luís Pereira

- *A Realidade Internacional, Introdução à Teoria das Relações Internacionais*, Coimbra Editora, 2011.
- Os Discursos dos Direitos humanos e a sua Protecção Internacional, in: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. V, ed. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, páginas 279 a 299.

CUNHA, Paulo Ferreira da

- Jusnaturalismo e Jushumanismo in *Direitos Humanos/* organização de Paulo Ferreira da Cunha, Almedina, 2003, páginas 35 a 52
- *Direito constitucional aplicado: viver a Constituição, a cidadania e os direitos humanos*, Quid Juris, 2007.
- *Síntese de filosofia do direito*, Almedina, 2009.
- *Justiça e Direito – Viagem à Tribo dos Jurista*, Quid iuris, 2010.

DE BECO, Gauthier – La contribution des institutions nationales des droits de l’homme au renforcement de la Cour Européenne des droits de l’homme, in *Revue Trimestrielle des Droits de l’homme*, n.º 77, Jan. 2009, Páginas 165 a 194.

DELGADO ECHEVERRIA, Jesus – Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles, in *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29, 2006, páginas 195 a 218.

DELZANGLES, Béatrice – Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L’homme, in: *À la recherche de l’effectivité des droits de l’homme*, organização Véronique Champeil-Desplats e Danièle Lochak, Nanterre: Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, páginas 41 a 57. Disponível em: <http://books.openedition.org/pupo/1158>.

DÍAZ PEREZ, Nydia Cecilia – Incidencia de la voluntad política de los Estados en la efectividad del Sistema de Protección de los Derechos Humanos, in: *Novaetvetera, Políticas Públicas y Derechos Humanos*, Janeiro- Dezembro 2010, vol. 19, n.º 63, páginas 75 a 80. Disponível em http://revistas.esap.edu.co/nova/wp-content/uploads/2011/07/art6_Nova63.pdf

DIGGELMANN, Oliver e ALTWICKER, Tilmann – *Is There Something Like Constitution of International Law? - A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism*. Disponível em: <http://www.ivr.uzh.ch/institutsmitglieder/diggelmann/onlinescripts/2008Diggelmann-ItwickerWorldConstitutionalism.pdf>.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain – *Direito Internacional Público*, traduzido por Vítor Marques Coelho, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003.

ESCARAMEIA, Paula – Reflexões sobre Temas de Direito Internacional, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2001.

FARIA, Miguel - Considerações sobre a contracultura e a perversão dos Direitos do Homem, In: *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva* / Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Almedina, 2004, páginas 133 a 180.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer - Desenvolvimento econômico e direitos humanos, In: *Boletim de ciências económicas*, Coimbra editora, v.52, 2009, páginas 33 a 53.

FERNANDES, António José - *Direitos humanos e cidadania europeia: fundamentos e dimensões*, Almedina, 2004.

FERRAZ, Tércio Sampaio Ferraz – *Teoria da Norma Jurídica, ensaio de programática da constituição normativa*, 4.^a ed., Editora Forense, 2006, páginas 93 a 160. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/TercioTeoria.pdf.

FERREIRA, Rui Cardona - Os sistemas de protecção jurisdicional dos direitos humanos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos, *In Separata da Revista "O Direito IV"*, Almedina, 2007, páginas 895 a 932.

FLAUSS, Jean-François – L'effectivité des arrêts de la Cour Européenne des droits de l'homme: du politique au juridique ou vice-versa, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme*, n.º 77, Jan. 2009, páginas 27 a 72.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila - Sistema interamericano de proteção de direitos humanos: Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a.32v.33, 2000, página 261 a 274.

GARCIA HUIDOBRO, Joaquin – A Protecção das Pessoas, in: *Direitos Humanos/Organização de Paulo Ferreira da Cunha*, Almedina, 2003, páginas 117 a 124.

GARCÍA MENDEZ, Emilio – Origem, Sentido e Futuro dos Direitos Humanos - Reflexões para uma nova agenda, in *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, Ano 1, n.º 1, 2004, 6 a 19. Disponível em: <http://www.surjournal.org/index1.php>.

GARCIA SAN JOSÉ, Daniel – Transformaciones en la concepción iusinternacionalista del Estado en un contexto de globalización de la justicia penal internacional, in *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, ISSN 0423-4847, Vol. 60, Nº. 2, 2012 (Exemplar dedicado a: Constitución y globalización: la constitucionalización de espacios supranacionales / coord. por María Salvador Martínez) , páginas 113 a 132.

GOMES, Carla Marcelino – Filhos de um Deus Menor, as Crianças-Soldado, in *Revista da Brigada de Intervenção*, Dezembro de 2010, ano IV, n.º 5.

GÓMEZ ISA, Felipe – La protección internacional de los derechos humanos, in *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad Deusto, 2004, páginas 23 a 60 – disponível em http://www.humanitariannet.deusto.es/publica/PUBLICACIONES_PDF/10%20Protecci%C3%B3n%20internacional.pdf

GERSON, Fernando - O óbice representado pelo princípio da complementaridade do tribunal penal internacional para a universalização plena dos direitos humanos, in: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n.º51, Agos/Dez, 2003, páginas 89 a 103.

GRUBBA, Leilane Serratine

- Para uma perspectiva Latino-americana e emancipatória dos Direitos Humanos, in *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, n.º 61, Jul./Dez. 2012, pág. 305 a 330. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2304.2012v61p305/229>
- Considerações Epistemológicas sobre o Inatismo dos Direitos Humanos Universais: aportes para a dignidade humana, in *Revista de Direitos Humanos e Democracia*, ed. UNIJUI, ano 1, n.º 1, Jan/Jun., 2013, páginas 192 a 228. Disponível em <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/350/693>

GUGGENHEIM, Paul - *Traité de Droit international public*, Tomo I, 12.^a edição revista, Librairie de l'Université, Georg & Cle S.A., 1967.

HAARSCHER, Guy – *Filosofia dos Direitos do homem*, tradução António Pereira da Silva, Instituto Piaget, 1993.

HART, H.L.A. – *O conceito de direito*, 4.^a edição, tradução A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael – *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2.^a edição, Marcial Pons, 2002.

HERRERA FLORES, Joaquin – La complejidad de los derechos humanos. Bases teóricas para una redefinición contextualizada, in *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n.º 1, Jun. 2008, páginas 103 a 135.

HOFFMANN, Forian e RINGELHEIM, Julie – Par-delà l'universalisme et le relativisme: la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité

culturelle, in *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, n.52, 2004, páginas 109 a 142.

HUNEEUS, Alexandra - *Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights*, disponível em <http://www.lawschool.cornell.edu/research/ilj/upload/huneeus-final.pdf>.

HUNTINGTON, Samuel P. - *O choque das Civilizações e a Mudança na Ordem Mundial*, Gradiva, 2001.

ITURRALDE, Victoria – Reflexiones sobre los conceptos de validez y existencia de las normas jurídicas, in *Doxa-Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 31, 2008, páginas 157 a 175.

JERÓNIMO, Patrícia – *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações*, Almedina, 2001.

KAUDÉ, Roger K. – Les droits de l'homme: de l'intuition universaliste à l'universalité refusée, in *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, n.º 68, out. 2006, páginas 909 a 938.

KAUFMAN, Arthur – *Filosofia do Direito*; prefácio e tradução António Ulisses Cortês, 3.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans – *Teoria Geral do Direito e do Estado*, traduzida por Luís Carlos Borges, ed. Martins Fontes, 2000, páginas 21 a 71.

KIRSTE, Stephan – Transpositive Foundations of Positive Human Rights, in: *Human Rights and the Problem of Legal Injustice*, 2012, páginas 197 a 216.

KOWALSKI, Mateus - O direito à vida no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, In: *Estudos de Direito Europeu e Internacional dos Direitos Humanos*/ coordenação de Ana Maria Guerra Martins, Almedina, 2005, páginas 21 a 74.

LEBEN, Charles – La Jurisdiction Internationale, in *Droit-Revue Française de Théorie Juridique*, 9, 1989, pág.143 a 155.

LEROY, Yann – La Notion d'Effectivité du Droit in *Droit et Société*, n. ° 79/2011, LGDJ, páginas 715 a 732.

MACHADO, Jonatas – *Direito Internacional, do paradigma clássico ao 11 de Setembro*, Coimbra Editora, 4.^a edição, 2013.

MANTOVANI, Ferrando - La proclamazione dei diritti umani a la non effettività dei diritti umani : accanimento contro la vita o cultura della vita?, In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Nuova seria, a.51, n.1, Jan/Março, 2008, página 40 a 61

MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier - *Globalización y derechos humanos*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2001.

MARTINS, Ana Maria Guerra

- As garantias jurisdicionais dos direitos humanos no direito internacional regional: os mais recentes desenvolvimentos, In: *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006. - 1.v., p. 117-136.
- *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Relatório, Almedina, 2011.

MARTINS, Patrícia Fragoço – O Caso *Kadi* e a Fórmula “*Solange*”: Das Relações entre o Direito da União Europeia e a Ordem Jurídica Internacional em Matéria de Direitos Fundamentais, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda* [coordenação] Marcelo Rebelo de Sousa, Vol. V, edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, páginas 407 a 432.

MAYER, Ann Elizabeth – *Debating the Universality of Human Rights - A Plea for a Critical Perspective* in <https://lgst.wharton.upenn.edu/profile/1133/research/?pubFilter=workingPaper>

MAZZUOLI, Valério de Oliveira – *Curso de Direito Internacional Público*, 6.º ed. revista e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MELKEVIK, Bjarne - A ética do homem real e a crítica filosófica dos direitos do homem. In: *Direitos Humanos*/organização de Paulo Ferreira da Cunha, Almedina, 2003, páginas 125 a 135.

MELLO, Celso de Albuquerque – *Curso de Direito Internacional Público*, 15.^a edição revista e ampliada, I Volume, editora Renovar, 2004.

MINCKE, Christophe – Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit: le pôle réaliste de la validité, in *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 1998-40, páginas 115 a 151.

MIRANDA, Jorge – *Curso de Direito Internacional Público*, 5.^a edição revista e actualizada, Principia, 2002.

MOCO, Marcolino - *Direitos humanos e seus mecanismos de protecção: as particularidades do sistema africano*, Almedina, 2010.

MOLL, Leandro de Oliveira – *Imunidades Internacionais ante a realidade das Organizações internacionais*, Fundação Alexandre Gusmão, 2011, pág. 142. Disponível http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/Imunidades-internacionais_2.pdf.

MONACO, Gustavo Ferraz – A Declaração Universal dos Direitos da Criança e Seus Sucedâneos Internacionais, in *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 2003.

MÜLLER, Friedrich – Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas, tradução Luis Villacorta Mancebo, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, páginas 111 a 126.

NAÇÕES UNIDAS – *Direitos Humanos, procedimentos de queixa*, ficha informativa n.º 7, revista 1, 2008.

NADER, Lúcia - O Papel das ONGs no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, in *Revista Sur- Revista Internacional de Direitos Humanos*, n.º 7, ano 4, 2007, páginas 6 a 25, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n7/a02v4n7.pdf>.

NEVES, Marcelo – a Força Simbólica dos Direitos Humanos, in *REDE, Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n.º 4, out-dez 2005, páginas 1 a 35. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-Marcelo%20Neves.pdf>.

NIKKEN, Pedro – El Concepto de Derechos Humanos, in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1.^a ed, 1994-1997.

OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza - Fundamentos da construção dos direitos humanos: das civilizações antigas aos tempos contemporâneos, in: *Revista da Faculdade de Direito*, v.98, Jan/Dez. 2003, páginas 463 a 473.

OLIVEIRA, Nythamar – *O Problema da Fundamentação Filosófica dos Direitos Humanos: Por um Cosmopolismo Semântico- Transcendental*, páginas 21 a 31. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/17300>.

OSTROVSKY, Aaron A. – What's so funny about peace, love, and understanding? How the margin of appreciation doctrine preserves core human rights within cultural diversity and legitimizes international human rights tribunals, in *Hanse Law Review (Hanse LR)*, vol. 1, n.º 1, 2005, páginas 47 a 64. Disponível em: <http://hanselawreview.org/pdf/Vol1No1Art5.pdf>.

OTERO, Paulo – *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, Almedina, 2007.

PACHECO, Helena Maria – *As Reservas aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, Tese de mestrado em Ciência Jurídica- Internacionais, 2008.

PEQUENO, Marconi – *O Fundamento dos Direitos Humanos*, disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/02_marconi_pequeno_fundamento_dh.pdf.

PEREIRA, André Gonçalves e FAUSTO QUADROS – *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª edição, Almedina, 2011.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia - O Artigo 28.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem ou a garantia da apropriação efectiva dos direitos humanos, in: *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 94, Jan/Dez, 1999, páginas 315 a 321.

PETERS, Anne

- Compensatory Constitutionalism: The function and potential of fundamental international norms and structures, in *Leiden Journal of International Law*, 19, 2006, páginas 579 a 610. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1564125
- Reconstruction Constitutionnelle – Liste du droit international: arguments pour et contre, in *Select Proceedings of European Society*

of International law, vol.1/2006, Hart Publishing, 2008, páginas 361 a 375.

- The Merits of Global Constitutionalism, in: *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 16: Iss. 2, Article 2, 2009, páginas 397 a 411.
Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss2/2>

PIOVESAN, Flávia - Direitos humanos e o princípio da dignidade humana, *Revista do advogado*, a.23, n.70, Jul., 2003, páginas 34 a 42.

PIRES, Maria José Morais - *As reservas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem* - Coimbra: Almedina, 1997.

RIBEIRO, Cristal Augustus Carneiro, MELO, João Marcos Braga e MELO, Lúcia Tomás – *Caso Alemanha v Itália (Grécia Intervindo), A imunidade de jurisdição do Estado e as Violações aos Direitos Humanos*. Disponível em <http://sinus.org.br/2012/wp-content/uploads/02-CIJ.pdf>.

RIGAUX, François – Les fondements philosophiques des droits de l’homme, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, a. 18, n.º 70, Abril 2007, páginas 307 a 349.

ROCHA, Armando – *o Contencioso dos Direitos do Homem no Espaço Europeu, o Modelo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica editora, 2010.

ROSAS, João Cardoso - Que direitos devem ser considerados direitos do Homem? in: *Nova cidadania*, a.10, n.º 37, Out/Dez., 2008, páginas 30 a 33, Dossier "60º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos".

SANTOS, Cecília MacDowell – Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, in *Revista Sur- Revista Internacional de Direitos Humanos*, n.º 7, ano 4, 2007, páginas 27 a 57 <http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n7/a02v4n7.pdf>.

SEIBERT-FOHR, Anja – *Domestic Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights Pursuant to its article 2 para.2*, 2001. Disponível em www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_seibert_fohr_5.pdf

SERRANO, Salamanca António – *Fundamento de los Derechos Humanos*, NUEVA UTOPIA, Madrid, 2003, disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/bibliotecavirtual/769/>.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira e ROCASOLANO, Maria Mendez – *Direitos Humanos, conceitos, significados e funções*, ed. Saraiva, 2010.

SHORT, Katherine – Da Comissão ao Conselho: a Organização das Nações Unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável? in *Sur- Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 5, n.º 9, Dezembro de 2008, págs. 173 a 193. Disponível em: <http://www.surjournal.org/index5.php>

SOMMERMAN, Karl Peter – El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948, in [*Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*](#)/coord. António, 1996, págs. 97 a 112.

SOUSA, Fernando - Organizações não-governamentais de direitos humanos, In: *Janus*, anuário de relações exteriores: 1998 / Org. do jornal Público, e da Universidade Autónoma de Lisboa, Público, 1996, página 40 a 41.

SOUSA, João Ramos de, e HENRIQUES, Cristina - A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, in: *Sub Judice*. Justiça e sociedade, n.º 28, Abr.-Set. 2004, páginas 113 a 172.

SUDRE, Frédéric – *Droit européen et international des droits de l’homme*, 9.^a edição, Presses Universitaires de France, 2008.

TAMAYO, Carolina Loayza - Aplicación de la normatividad protectora de los derechos humanos en el ordenamiento interno, in: *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, a.8, n.31, Jul/Set, 2000, páginas 23 a 51.

TAVARES, Raquel – *Direitos Humanos, de onde vêm, o que são e para que servem?*, PGR, INCM, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski e KÖCHE, Rafael – Um direito sem Estado? Direitos Humanos e a formação de um novo quadro normativo global, in *Revista de Direito Internacional*, vol. 10, n.º 2, 2013, páginas 87 a 100.

TRINDADE, Vinícios Cançado – Controle de Legalidade dos Atos do Conselho de Segurança das Nações Unidas, in *Revista da Faculdade Direito UFMG*, n.º 62, Jan/Jun. 2013.

TOMUSCHAT, Christian - L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme, In: *Revue général de droit international public*, t.109 n.º 1, 2005, páginas 51 a 74.

VIEIRA, Gustavo Oliveira e MORAIS, José Luis Bolzan de – A internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos: reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo, in: *Revista de Estudo Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), Julho-Dezembro 2012, páginas 175 a 184.

VILLÁN DURÁN, Carlos

- *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, 2002.
- El funcionamiento de los mecanismos extraconvencionales de protección internacional de los derechos humanos, In: *Iniciación a la práctica en derecho internacional y derecho comunitario europeo* / ed. Carlos Jiménez Piernas, Marcial Points, 2003 - páginas 277 a 313.

VILLORO, Luis – Sobre relativismo cultural y universalismo ético. Em torno a ideas de Ernesto Garzon Valdez, in *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 9, Outubro, 1998, páginas 35 a 48. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obras/materia-autoridad/8085/Garz%C3%B3n%20Vald%C3%A9s,%20Ernesto/4>.

VISSCHER, Charles de – *Les effectivités du Droit International Public*, Éditions A. Pedone, 1967.

VON BERNSTORFF, Jochen - The changing fortunes of the Universal Declaration of Human Rights : genesis and symbolic dimensions of the turn to rights in international law, in *European journal of international law*, v.19, n.5, November 2008, disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/19/5/1710.pdf>

WOLKMER, António Carlos - Pluralismo jurídico e novas perspectivas dos Direitos Humanos, in: *Jurisprudência catarinense*, Florianópolis, a.35n.118 (1.trim.2009), p.40-58

REVISTAS DA ESPECIALIDADE E SÍTIOS NA NET

Revistas

- Revue Trimestrielle de droits de l’homme –
- Revue des droits de l’homme
- Revista Anistia Política e Justiça de Transição -
<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B67064208-D044-437B-9F24-96E0B26CB372%7D>
- Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos:
<http://www.surjournal.org/sobresur5.php>

Páginas de Instituições

- Conselho de Direitos Humanos da ONU (UN Human Rights Counsel) -
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/>.
- Tribunal Internacional de Justiça (International Court of Justice) -
<http://www.icj-cij.org>.
- Tribunal Penal Internacional (International Criminal Court) - <http://www.icc-cpn.int/>.
- Comissão Interamericana de Direitos Humanos - <http://www.cidh.org/comissao.htm/>
- Tribunal Europeu de Direitos Humanos (European Court of Human Rights) -
<http://www.echr.coe.int/echr/> - HUDOC Case-Law Collection -
<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>
- Tribunal Interamericano de Direitos Humanos - <http://www.corteidh.or.cr/>
- Comité dos Direitos Humanos -
<http://www.ohchr.org/en/hrbodies/ccpr/pages/ccprindex.aspx>